X-1

169 ~~D~~
D
22

BIBL. NAZ.
Vitt. Emanuele III
169
D
22
NAPOLI

Digitized by Google

Digitized by Google

CORSO

di

DRITTO FRANCESE

SECONDO IL CODICE CIVILE.

Digitized by Google

La presente Opera è messa sotto la tutela della legge. Si reputeranno contraffatti gli esemplari non muniti della firma del traduttore. Nota Mariano Amorosi

CORSO

di

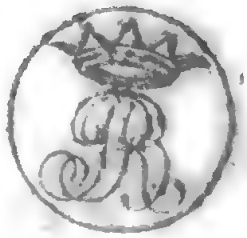
DRITTO FRANCESE

SECONDO IL CODICE CIVILE,

del Signor **Duranton**,

PROFESSORE NELLA FACOLTÀ DI DIRITTO IN PARIGI,
MEMBRO DELLA LEGIONE DI ONORE.

PRIMA TRADUZIONE ITALIANA SULLA EDIZIONE PARIGINA, CORREDATA DI NOTE DIRETTE PRINCIPALMENTE AD ILLUSTRARE LE LEGGI CIVILI PEL REGNO DELLE DUE SICILIE.



TOMO UNDECIMO.

NAPOLI,
Dalla Tipografia di Nicola Mosca
1836

Digitized by Google

Digitized by Google

CORSO
di
DRITTO FRANCESE
SECONDO IL CODICE CIVILE

LIBRO III.

De' differenti modi con cui si acquista la Proprietà.

CONTINUAZIONE DEL TITOLO III.

De' contratti o delle obbligazioni convenzionali in generale.

CAPITOLO IV.

Delle diverse specie di obbligazioni.

SOMMARIO.

1. *Passaggio e divisione di questo capitolo.*
2. *Rimessione ad altri titoli del Codice, per la spiegazione delle obbligazioni accessorie, come la malleveria e la convenzione di pegno e d'ipoteca.*

1. Dopo aver definito le diverse specie di contratti e trattato delle condizioni essenziali alla loro validità, nonchè de' loro effetti generali, dobbiamo

ora parlare delle diverse modalità da cui possono essere colpite le obbligazioni che ne risultano, secondo le convenzioni delle parti. È questo l'obbietto del capitolo IV del presente titolo, giusta la divisione abbracciata dai compilatori del Codice, e che noi abbiamo seguita.

Essi divisero questo capitolo in sei sezioni.

Nella prima stabilirono le regole intorno alle obbligazioni condizionali;

Nella seconda, quelle delle obbligazioni a termine;

Nella terza, quelle delle obbligazioni alternative;

Nella quarta, trattarono delle obbligazioni solidali;

Nella quinta, delle obbligazioni divisibili ed indivìsibili;

Infine nella sesta, delle obbligazioni con clausola penale.

2. Circa alle obbligazioni accessorie o secondarie, come la fideiussione, la convenzione di pegno o d'ipoteca, sono esse l'obbietto di titoli speciali nel Codice.

Parlammo già delle obbligazioni naturali (1), di cui del resto il Codice non determinò le caratteristiche, lasciando a tal riguardo ai tribunali un potere estimativo e discrezionale. Del rimanente avremo spesso occasione di parlarne ancora in prosieguo.

---

(1) *V.* tomo precedente, cap. I, sez. 3, e cap. II, sez. 4, n.° 337 e seguenti.

SEZIONE PRIMA.

Delle obbligazioni condizionali.

SOMMARIO.

3. *Divisione della sezione.*
4. *Rimessione circa alle condizioni particolari alle donazioni ed alle disposizioni testamentarie.*

3. Riguarderemo da principio le condizioni in un aspetto generale, come lo fecero i compilatori del Codice, e parleremo di poi in particolare degli effetti della condizione sospensiva, e degli effetti della condizione risolutiva.

Di ciò si occuperanno i tre seguenti paragrafi.

4. Trattammo estesamente delle condizioni inserite nelle donazioni tra vivi e ne' testamenti, nel tomo VIII, capitolo I.°, sez. III; cap. IV, sez. III, e sez. V, §§ 1 e 2; come pure nel tomo precedente, cap. V, sez. X, § 2. Adunque ci limiteremo qui a parlare delle condizioni apposte nei contratti o nelle convenzioni, notando tuttavolta le differenze che possono esservi, nei risultamenti, tra le condizioni apposte nelle disposizioni a titolo gratuito, e quelle inserite negli atti a titolo oneroso.

§ I.°

Della condizione in generale, e delle sue diverse specie (a).

SOMMARIO.

5. *Diversi significati della parola* condizione *in dritto.*

6. *Suo significato considerando la condizione come modalità delle obbligazioni.*

7. *Le condizioni sono sospensive o risolutive.*

8. *Che intendevasi in dritto romano per condizioni risolutive.*

9. *Nelle obbligazioni formate sotto condizioni sospensive, non avvi debito, propriamente parlando, finchè la condizione sia in sospeso; ma vi è soltanto una speranza.*

10. *Quindi potrebbe ripetersi ciocchè fosse pagato per errore prima che si verifichi la condizione.*

11. *Differenza di dicitura degli art. 1168 e 1181 c. c. circa alla definizione che danno della condizione sospensiva: è preferibile quella del primo articolo.*

12. *Imperciocchè la clausola* se il tale avvenimento sia ora successo *non forma in realtà condizione nè nei testamenti, nè nei contratti: conseguenze.*

13. *Perchè un' obbligazione sia condizionale, bisogna che l' avvenimento da cui essa si fa dipendere sia incerto.*

14. *Ne' testamenti l' incertezza sul tempo in cui si verificherà un avvenimento che deve per necessità accadere può nondimeno rendere condizionale la disposizione.*

15. *La condizione sospensiva può, come la condizione risolutiva, aver per oggetto un avvenimento negativo del pari che un avvenimento affermativo.*

16. *Le condizioni sono casuali, potestative o miste.*

17. *Qual sia la condizione casuale.*

18. *Quale la potestativa.*

(a) Si vegga la nota al n.° 314 del precedente volume, e si abbia presente sulla materia delle *condizioni* il comento del nostro Cirillo al titolo *de condition. et demonstrat.* Trad.

Google

19. *Quale la mista.*

20. *La condizione non può essere meramente potestativa da parte di colui soltanto che si obbliga, altrimenti egli non è obbligato.*

21. *Applicazione della regola a diverse obbligazioni.*

22. *Confutazione di un parere di Pothier il quale scorgeva una valida obbligazione nella clausola* vi darò tanto, SE LO CREDO RAGIONEVOLE, *e se in effetti la cosa fosse ragionevole in se stessa.*

23. *Avverrebbe altrimenti nel caso in cui fosse detto* se ciò è ragionevole.

24. *Confutazione di un altro parere dello stesso autore il quale scorgeva pure un'obbligazione validamente contratta sotto questa condizione,* se io vada nella tale città, *abbenchè l'obbligazione non avesse altra causa.*

25. *Ma nei contratti sinallagmatici e nelle obbligazioni unilaterali che hanno la loro causa in un fatto già avvenuto, la suddetta condizione sarebbe valida.*

26. *La condizione non sempre sta in vece di causa, e quando sia puramente potestativa da parte di chi si obbliga e l'obbligazione altronde non abbia causa, non è altro allora che una liberalità dipendente dalla volontà del donante, e per questa ragione non è obbligatoria.*

27. Quid *della promessa* allorchè io lo vorrò, CUM VOLUERO? *Rettificazione di una falsa interpetrazione data da Pothier alla l. 46,* § *3, ff.* de verb. oblig.

28. *È obbligatorio il mutuo fatto colla clausola che il mutuatario restituirà la cosa* quando lo potrà, *o* quando ne avrà i mezzi.

29. *E generalmente avvien lo stesso di quello fatto colla clausola che il mutuatario restituirà* quando lo vorrà.

30. *Dell'effetto della condizione potestativa dal canto di una parte nei contratti sinallagmatici, come la vendita, la permuta, la locazione, la società.*

31. *L'obbligazione può esser contratta sotto una condizione dipendente dalla volontà di un terzo.*

32. *Altra divisione delle condizioni, in possibili, lecite ed oneste, ed in impossibili, illecite e contrarie al buon costume. Queste rendono nulle la convenzione che ne dipende, ma si reputano non iscritte nei testamenti, ed anche nelle donazioni tra vivi.*

33. *È valida l'obbligazione contratta sotto la condizione di non fare una cosa impossibile, se abbia altronde una giusta causa, ovvero se sia consentita nella forma degli atti contenenti donazione.*

34. *Idea generale delle condizioni contrarie al buon costume.*

35. *Il contratto formato colla condizione di non far qualche cosa contraria al buon costume è similmente valido, se abbia altronde in sè una giusta causa.*

36. *Non bisogna confondere le condizioni illecite con le clausole o coi patti illeciti: sviluppamenti e conseguenze.*

37. *Vi sono condizioni tacite, come ve ne ha espresse.*

38. *Nei contratti sinallagmatici l'esecuzione dell'obbligazione di una parte è considerata come condizione dell'obbligazione dell'altra.*

39. *In generale le condizioni tacite non sono propriamente parlando condizioni: esempio.*

40. *Come si esprima comunemente il senso condizionale.*

41. *Delle congiunzioni* allorchè, quando.

42. *Del pronome* che.

43. *Ogni condizione dev'essere eseguita secondo le verisimile intenzione delle parti.*

44. *Importa di ben distinguere se le parti abbiano inteso apporre una condizione sospensiva, o una condizione risolutiva.*

45. *Bisogna distinguere tra i casi in cui la condizione sia di un fatto personale a colui al quale essa è imposta, ed il caso nel quale sia di un fatto che fu considerato in sè stesso, indipendentemente dalla persona che lo eseguirebbe.*

46. *Ove siensi apposte molte condizioni sotto una particella disgiuntiva, basta che si verifichi una di esse.*

47. *Secus allorchè lo sieno state sotto particella congiuntiva: allora tutte quelle comprese sotto questa particella debbono verificarsi.*

48. *Se la condizione sia messa con una circostanza, la condizione deve verificarsi con questa circostanza.*

49. *Talvolta nondimeno la disgiuntiva s'intende nel senso della congiuntiva, e* vice versa; *esempj.*

50. *La condizione* si sine liberis decesserit *manca, se la persona lascia un figlio.*

51. *Comprende mai i figli naturali? Dritto romano su questo punto, e risoluzione vigente il Codice civile.*

52. *Altre osservazioni sul modo con cui si adempiono le condizioni potestative, sia ne' testamenti, sia nei contratti.*

53. *In generale le condizioni debbono adempiersi* indivisibiliter.

54. *Confutazione di un parere troppo generale di Pothier sopra un caso che egli propone come esempio dell'applicazione della regola che le condizioni debbono adempiersi* indivisibiliter.

55. *Opinione di Molineo abbracciata ed estesa.*

56. *Chi invoca il dritto risultante dall' adempimento di una condizione deve provare di essersi questa verificata.*

57. *Le condizioni sono positive o negative: applicazione di tale distinzione circa al tempo durante cui debbono esse adempiersi, o dopo il quale si reputano adempite o mancate.*

58. *La cauzione* muziana *del dritto romano non ha luogo nei contratti: rimessione circa ai testamenti.*

59. *La clausola può nel tempo stesso comprendere una condizione ed un termine: esempio.*

60. *La condizione si reputa adempita quando il debitore in forza di essa obbligato è quello che ne impedì l' adempimento: esempj.*

61. *Questa regola non è applicabile allorchè colui il quale era obbligato sotto una condizione non ne ha impedito l' adempimento che valendosi del suo dritto: esempj.*

62. *Quando la condizione sia mancata pel rifiuto di un terzo il cui concorso era necessario pel suo adempimento, deve distinguersi tra il caso in cui essa era semplicemente potestativa e quello in cui era di natura mista.*

63. *Applicazione di tale distinzione al caso in cui la condizione, sia negli atti tra vivi, sia nei testamenti, abbia per iscopo il matrimonio della parte con un terzo designato.*

64. *Negli atti tra vivi a titolo oneroso, le condizioni potestative imposte al creditore non si reputano adempite sol perchè un avvenimento di forza irresistibile abbia impedito che si adempissero.*

65. *In generale avviene altrimenti nelle donazioni anche tra vivi.*

66. *Nei contratti la condizione adempita ha un effetto retroattivo: conseguenze, e differenza circa ad essa con le disposizioni di ultima volontà.*

67. *Altra conseguenza in cui l' effetto è lo stesso nei legati.*

68. *Il creditore può far tutti gli atti conservatorj del suo dritto prima che si verifichi la condizione.*

69. Quid *se il debitore fallisca mentre che è sospesa la condizione?*

70. *Il dritto di fare atti conservatorj non induce in generale quello di far sequestri.*

71. *Quistione circa alla prescrizione.*

5. Come più volte dicemmo nel corso di quest'o-

pera, la parola *condizione* in dritto ha molti significati.

Ora esprime lo stato e la qualità delle persone; donde quell'assioma di giurisprudenza, riputarsi che ciascuno conosca la *condizione* di colui col quale contratta (1), se sia minore o maggiore di età, interdetto oppur no, regnicolo o straniero, donna maritata, nubile o vedova, ec.

Ora esprime la causa della stipulazione che si fa per un terzo come *condizione* di quella che si fa per sè stesso, o di una donazione che si fa ad un altro; art. 1121 c. c. = *1075 ll. cc.*

Più spesso ancora la parola *condizione* intendesi per le clausole particolari che s'inseriscono nei contratti, a fin di estenderne o modificarne gli effetti ordinarj: come i pesi, i modi e le altre convenzioni analoghe e secondarie; ed appunto in questo senso dicesi comunemente che tutte le clausole di un contratto sono la *condizione* le une delle altre: donde si dedusse quella regola, sublimata a legge nell' art. 1184 c. c. = *1137 ll. cc.*, che la condizione risolutiva è sempre sottointesa nei contratti sinallagmatici, nel caso che una delle parti non soddisfaccia alla sua obbligazione.

Ma qui la parola *condizione* è intesa generalmente nel senso di un avvenimento *futuro ed incerto*, da cui le parti fanno dipendere l' effetto del loro con-

---

(1) *Qui cum alio contrahit vel est vel debet esse non ignarus* CONDITIONIS *ejus*; l. 19, ff. *de regul. juris.*

tratto, ovvero il suo scioglimento, il suo annullamento, come se non fosse stato fatto.

6. Quindi secondo l'art. 1168 c. c. = *1121 ll. cc.*, « l'obbligazione condizionale è quando si fa dipen-
« dere da un avvenimento futuro ed incerto, o te-
« nendola in sospeso finchè l'avvenimento accada,
« o risolvendola in caso che l'evento succeda o non
« succeda ».

7. Stante ciò, vedesi che vi sono condizioni sospensive e condizioni risolutive; è questa la più importante divisione delle condizioni. Taluni giureconsulti le hanno divise in molti modi. Noi ci limiteremo a far note le loro principali specie, e ciò basterà pienamente per la perfetta intelligenza della materia.

8. I giureconsulti romani ed i loro interpetri danno nondimeno impropriamente il nome di *condizioni* a quelle che, secondo il Codice, noi chiamiamo *risolutive*, perchè, dicono essi, è proprio delle condizioni il *sospendere* l'effetto delle obbligazioni, mentrechè le condizioni dette risolutive non lo sospendono, ma soltanto lo risolvono, se mai si verifichino; e ciò pure il Codice medesimo dice negli art. 1168 e 1183 c. c. = *1121 e 1136 ll. cc.* Essi chiamano semplicemente *patti*, legge del contratto, *lex contractus*, le convenzioni che hanno per oggetto soltanto lo scioglimento dell'obbligazione. In tal modo Ulpiano nella l. 1, ff. *de lege commissoria*

dice: *Si fundus commissoria* LEGE *venierit* (1), *magis est ut sub conditione resolvi emptio, quam sub conditione contrahi videatur.*

Quindi nelle leggi romane la voce *condizione*, senz'altra espressione nell' atto che le dia diverso significato, s' intende generalmente della condizione sospensiva; cosicchè chiamavasi vendita *pura* quella ch' era fatta con una clausola che aveva per oggetto di risolverla in caso di un avvenimento preveduto. La l. 2, ff. *in diem addictione*, stabilisce in chiarissimo modo questa dottrina: *Quotiens fundus in diem addicitur* (2), *utrum* PURA *emptio est, sed sub conditione resolvitur; an vero conditionalis sit magis emptio, quæstionis est. Et mihi videtur verius interesse quid actum sit. Nam si quidem hoc actum est,* UT MELIORE ALLATA CONDITIONE, DISCEDATUR, *erit pura emptio, quæ sub conditione resolvitur: sin autem actum est,* UT PERFICIATUR EMPTIO, NISI MELIOR CONDITIO AFFERATUR, *erit emptio conditionalis.*

Laonde la vendita era considerata come condizionale nel caso soltanto della condizione sospensiva. Ma poichè lo *scioglimento* del contratto può essere *condizionale* in forza d'una clausola di questo medesimo contratto, non eravi alcun inconveniente a dire che

(1) Cioè con la clausola che se il compratore non paghi il prezzo della vendita nel termine stabilito, la vendita sarà sciolta di pieno dritto.

(2) Cioè io vi vendo questa cosa tanto, se un' altra persona non ne dia un prezzo maggiore fra il tale termine, o non offra di pagare a più breve scadenza, ec.

le obbligazioni sono ora sotto condizione sospensiva, ora sotto condizione risolutiva; ed appunto ciò in fatti si è detto nel Codice.

9. Del resto, abbenchè nelle obbligazioni contratte sotto condizione sospensiva, non sussista obbligazione propriamente parlando finchè non si verifichi la condizione, ma vi sia soltanto la speranza (a) di un debito, nondimeno avvi un' obbliga-

(a) Pendente la condizione non vi ha credito e debito, ma solo speranza che vi sarà in avvenire. *Ex conditionali stipulatione*, dice Giustiniano, *tantum SPES est debitum iri*: Inst. *lib. 3, tit. 16, § 4*. Quindi nel detto luogo Vinnio avverte, che *pendente la condizione non nasce alcun obbligo*. Lo stesso Vinnio (*ad* Inst. *lib. 3, tit. 16, de verb. oblig.*, § 4, n. 1.) ripete che quando non si è avverata la condizione *non s' intende che sia dovuta alcuna cosa*. Il *Puffendorfio (De jure Nat. et Gent.*, lib. 3. cap. 8, § 2.) così si esprime: *Est autem conditio adjectio aliqua ad actus, jus vel obligationem parituros, qua eorandem vis et efficacia confertur in aliquem eventum, a casu, aut arbitrio humano pendentem. Sic ergo ad conditionem duo requiruntur, tum ut per eam differatur, et suspendatur vis obligationis; tum ut eventus ille seu quod pro conditione supponitur, nondum extet, aut sit incertus saltem quoad nostram notitiam.*

Quindi colui che chiede per azione nascente da condizione deve provarne l'avveramento, perchè, ai termini della l. 213, ff. *de verbor. obligat., ubi sub conditione stipulatus sit, neque cessit, neque venit dies, pendente adhuc conditione*; e consistendo la condizione nella mancanza di designate persone, giusta la l. 10 detto titolo, *non ante peti quisquam possit quam exploratum sit ante eam diem venire non posse, neque venisse*, nè, in conformità della l. 116 dello stesso titolo, 11, 66 *legat., pendente stipulationis conditione recte potest conveniri*. Anzi è da notarsi che nelle stipulazioni si ha qualità di creditore, sebbene condizionale, ma negli atti di ultima volontà non si ha nemmeno tale qualità: *Is cui sub conditione legatum est, pendente conditione non est creditor; sed cum extiterit conditio, quamvis eum, qui stipulatus est sub conditione, placet etiam pendente*

zione, quantunque eventuale; e questa speranza e questa obbligazione passano agli eredi de' contraenti, se l'uno o l'altro muoia prima che si verifichi la condizione; art. 1179 c. c. = *1132 ll. cc.* (1). Questo dritto eventuale può essere mallevato, garantito con un pegno o una ipoteca, come un dritto puro e semplice; imperocchè allora trovasi garantita la speranza del debito, ed in conseguenza il debito stesso, nel caso in cui si verificasse la condizione.

10. Ma è vero il dire di non esservi ancor debito propriamente parlando; donde segue che se ne fosse fatto il pagamento per errore prima di verificarsi la condizione, vi sarebbe luogo a ripetizione; l. 16, ff. *de condict. indeb.*; mentrechè così non sarebbe se l'avvenimento preveduto doveva per necessità accadere; giacchè allora l'obbligazione non sarebbe condizionale; ll. 17 e 18, *eod. titulo.*

11. Nella definizione che gli art. 1168 e 1181 c. c. = *1121 e 1134 ll. cc.* danno della condizione sospensiva, differiscono nondimeno in un punto importante. Secondo il primo di questi articoli, la condizione sospensiva come la condizione risolutiva è il

---

conditione creditorem esse: l. 42. ff. *de obligat. et act.*, in guisa che secondo la legge *unica* § 7, Cod. *de caduc. tollend.*, il legatario, o il fedecommessario per poter chiedere il legato o il fedecommesso debbono attendere e provare l'avveramento della condizione, di qualunque natura sia, e venendo a mancare, i beni rimangono appo coloro dai quali dovevano riceverli. TRAD.

(1) *Ex conditionali stipulatione* TANTUM SPES EST DEBITUM IRI; *eamque ipsam spem in heredem transmittimus, si priusquam conditio exstet mors nobis contigerit*; § 4, Instit. *de verb. oblig.*

caso di un avvenimento *futuro ed incerto*; invece che secondo l'ultimo, l'obbligazione contratta sotto una condizione sospensiva è quella che dipende o da *un avvenimento futuro ed incerto*, o da *un avvenimento succeduto attualmente, ma non per anco noto alle parti.*

È preferibile la dicitura dell' art. 1168, giacchè impropriamente si dà il nome di condizione ad un avvenimento succeduto attualmente, benchè non sia peranco noto alle parti. Ed in fatti, come in chiaro modo il dicono le leggi romane (1), un avvenimento già successo da cui si voglia far dipendere l' effetto dell'obbligazione, *aut statim perimit obligationem, aut omnino non differt.* Ciò è manifesto: giacchè o l' avvenimento non è successo, ed allora non avvi obbligazione; o è successo, ed in questo caso l' obbligazione non è stata sospesa interamente, vieppiù che non lo sarebbe stata in virtù di un termine messo per la sua esecuzione. Essa ha il suo effetto dal giorno medesimo in cui vien contratta, abbenchè le parti abbiano ignorato l' avvenimento, attesochè tale ignoranza, che ne sospende senza dubbio l' esecuzione, come lo farebbe la stipulazione di un termine, non impedisce che l' avvenimento sia o pur no succeduto: *Quæ enim per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint;* § 6, Instit. *de verb. oblig.*

—

(1) L. 100, ff. *de verb. oblig.*; § 6, Instit. *eod. tit.*

È chiaro che se un avvenimento attualmente accaduto può considerarsi come l'oggetto di una condizione, giacchè non è conosciuto dalle parti al momento in cui esse contrattano, ciò non può essere che a motivo dell'incertezza in cui sono circa a tale avvenimento: or questa incertezza non forma condizione nè nei contratti, nè nei testamenti. Quindi lo stesso art. 1181 dice che *in questo caso l'obbligazione ha il suo effetto dal giorno in cui è stata contratta.*

12. La clausola, diciam noi, non forma condizione nè nei testamenti, nè nei contratti. In effetti non forma condizione nei testamenti, attesochè se il legatario a cui siasi legato *ove il tale avvenimento sia successo,* muoia dopo il testatore, trasmette il legato al suo erede nel caso in cui l'avvenimento sia in realtà accaduto, benchè egli sia morto prima che se ne abbia avuto conoscenza; mentrechè se l'avvenimento, o piuttosto l'incertezza intorno all'avvenimento, formasse in realtà condizione, ed il legatario fosse morto prima che si avesse la certezza di essere successo tale avvenimento, non trasmetterebbe il legato ai suoi eredi, attesochè la condizione non si sarebbe verificata prima della sua morte, e perchè il legato condizionale si possa trasmettere agli eredi del legatario, fa d'uopo che costui sia sopravvissuto all'adempimento della condizione; art. 1040 c. c. = *995 ll. cc.*

La clausola nettampoco forma condizione nei contratti, in quanto che ove, per esempio, siasi fatto

una vendita o una permuta con questa clausola: *se il tale avvenimento sia accaduto*, ed in effetti l'avvenimento accadde, ma la cosa venduta o una delle cose permutate sia perita per caso fortuito, dopo il contratto, la convenzione non produrrà meno tutti i suoi effetti, quantunque la perdita della cosa sia sopraggiunta prima che si abbia avuto conoscenza dell'avvenimento preveduto. Quindi il compratore non sarà meno obbligato di pagare il prezzo, ed il compermutante di consegnar la cosa che aveva promessa in cambio di quella che perì. In vece che se l'incertezza in cui erano le parti circa all'avvenimento allorchè contrattarono avesse renduto condizionale l'obbligazione, la perdita della cosa sopraggiunta prima di essersi conosciuto tale avvenimento avrebbe annullato il contratto in tutti i suoi effetti; art. 1182 c. c. = *1135 ll. cc.*

Del resto nulla impedirebbe alle parti di rendere condizionale l'obbligazione per tal riguardo, ed in conseguenza di lasciar la cosa a rischio del venditore o del compermutante finchè non avessero esse conoscenza dell'avvenimento; ma perchè così accadesse, bisognerebbe che la loro intenzione fosse evidente, poichè ciò sarebbe in realtà una derogazione alle regole del dritto.

13. Perchè un'obbligazione sia condizionale, non basta che l'avvenimento sia *futuro*, ma bisogna pure che sia incerto; art. 1168 e 1181 c. c. = *1121 e 1134 ll. cc.* Segue da ciò che qualora mi obbligo a darvi cento *se io muoia*, o quando *io morrò*, o *se voi*

morrete, o *quando voi morrete*, o *se Paolo muoia*, o *quando Paolo morrà*, l'obbligazione è pura e semplice: il suo effetto non è sospeso, ma è sospesa soltanto la sua esecuzione, abbenchè sia incerto il tempo in cui accadrà l'avvenimento preveduto. *Qui sub conditione stipulatur quæ omnimodo extitura est, pure videtur stipulari;* l. 19, ff. *de novat* (1).

14. Nondimeno nei testamenti l'incertezza sul tempo in cui accadrà un avvenimento può rendere condizionale la disposizione, abbenchè sia certo che l'avvenimento succederà: ed è quando non si sa di sicuro se accadrà durante la vita del legatario. Per esempio: *io lego cento a Tizio, allorchè Sempronio, mio erede, morrà*, o *allorchè Seio morrà*. Imperocchè può darsi che Tizio già più non esista al momento della morte dell'erede, o di Seio (2).

15. Abbenchè l'art. 1168 c. c. = *1121 ll. cc.* par che non iscorga condizione sospensiva se non nel caso in cui *accadrà il tale avvenimento*, mentre che vede la condizione risolutiva, secondo che *il tale avvenimento accadrà oppur no*, nondimeno non bisogna dubitare che la condizione sospensiva non possa aver anche per oggetto un fattò negativo come un fatto affermativo. Così, avvi condizione sospensiva in questa specie: Vi vendo la mia casa mediante 10,000 fr., se mio nipote (a cui la destino) non dia nuo-

---

(1) *V.* pure la l. 45, §§ 1 e 3, ff. *de verb. oblig.*

(2) L. 75, ff. *de condit. et demonst.*; ma *v.* nondimeno ciocchè dicemmo su questo punto nel tomo IX, n.° 292.

ve di sè tra un anno a principiare da questo giorno; come avvi condizione sospensiva qualora io vi venda la mia casa mediante 10,000 fr. se la tale nave rientrerà nel porto di Marsiglia entro un anno. Così altronde positivamente dispongono gli art. 1170 e 1177 c. c. = *1123 e 1130 ll. cc.*

16. In un altro aspetto, e considerando i fatti o gli avvenimenti che esse hanno per oggetto, si dividono le condizioni in *casuali*, *potestative* e *miste*; e queste diverse caratteristiche sono comuni alle condizioni risolutive ed alle condizioni sospensive.

17. La condizione *casuale* è quella che dipende dal caso, e che non è in potere nè del creditore, nè del debitore; art. 1169 c. c. = *1122 ll. cc.* (a). Per esempio, *se il tale bastimento entri nel porto di Marsiglia tra sei mesi dal giorno del contratto.*

18. La condizione *potestativa*, dice l'art. 1170 c. c. = *1123 ll. cc.*, è quella che fa dipendere l'esecuzione della convenzione (cioè il suo effetto) da

---

(a) Il consigliere abate Sarno nella camera di Grazia e Giustizia del Supremo Consiglio di Cancelleria richiese che si sopprimessero gli articoli 1161, 1162 e 1163 del progetto (corrispondenti agli art. 1122, 1123 e 1124 delle leggi civili), contenendo essi semplici definizioni proprie più delle instituzioni, che di un Codice.

I consiglieri Sollima e Magliano risposero che le suddette definizioni doveansi ritenere, perchè spiegano le teoriche relative alle diverse condizioni, e manoducono allo scioglimento di gravi quistioni. Soggiunsero, che quando le definizioni possono farsi, e trovansi rivestite di quella semplicità ed esattezza che richiedonsi, non si debbono trascurare dal legislatore.

La cennata Camera di Grazia e Giustizia si uniformò al parere dei detti consiglieri Magliano e Sollima. Trad.

un avvenimento ch'è in facoltà dell'una o dell'altra parte contraente di far succedere o d'impedire. Per esempio, *se fra un anno a principiare da questo giorno abbatterete il tale albero del vostro giardino che offusca l'aspetto della mia casa, mi obbligo a pagarvi 100 franchi.*

E bisogna osservare che in questi casi voi non siete obbligato: la convenzione è meramente unilaterale; io soltanto sono vincolato, e lo sono condizionatamente.

19. Secondo l'art. 1171 c. c.=*1124 ll. cc.*, la condizione *mista* è quella che dipende nel tempo stesso dalla volontà di una delle parti contraenti e dalla volontà di un terzo. Ma siccome la volontà di un terzo è incerta, è vero il dire che la condizione mista è quella il cui adempimento dipende nel tempo stesso dalla volontà di una delle parti e dal caso. Così, la condizione è mista quando io dico, *se voi riportate il premio proposto dall'Accademia* (a), come quando io dico *se sposate mia nipote*, il quale avvenimento dipende dalla volontà vostra e da quella di un terzo.

20. Su questa divisione delle condizioni in *casuali, potestative e miste*, bisogna osservare che le miste

(a) Appresso noi la condizione di doversi da una parte ottenere in un determinato tempo la liberatoria di una rendita iscritta sul Gran Libro del debito pubblico dato per cauzione di una Ricevitoria, deve riputarsi *mista*, dipendendo l'avvenimento non dalla sola volontà della parte, ma dall'andamento e giro degli affari nella G. Corte dei Conti: *decisione della G. Corte civile di Napoli dei 2 marzo 1836 nella causa tra* FIGLIOLA, LUCENTE, PANDOLFO e PARASCANDALO. TRAD.

possono essere imposte indifferentemente all'una o all'altra delle parti contraenti, anche nei contratti unilaterali; ma in generale l'obbligazione non può essere contratta con condizione potestativa da parte del debitore, soprattutto nelle promesse unilaterali. Imperocchè sarebbe contrario alla natura delle obbligazioni, che sono un vincolo di dritto pel quale siamo astretti a dare, a fare o a non fare qualche cosa (1), che il debitore fosse obbligato sol quando ciò gli convenisse. Or se l'adempimento della condizione dipendesse assolutamente dalla sua volontà, egli non sarebbe in realtà obbligato: *nulla promissio potest consistere quæ ex voluntate promittentis statum capit;* l. 108, § 1, ff. *de verb. oblig.* (2).

« Ogni obbligazione è nulla, dice l'art. 1174 c. « c. = *1127 ll. cc.*, quando è stata contratta sotto « una condizione potestativa per parte di colui che « si obbliga. »

21. Perchè questa massima sia sanamente applicata, richiede nondimeno taluni sviluppamenti.

In primo luogo è indubitato che l'obbligazione di pagarvi la tale somma, contratta con questa condizione *se io lo voglia*, SI VOLUERO, è nulla e di niun effetto. Non vi fu mai dubbio su questo punto: *illam autem stipulationem* SI VOLUERIS DARI, *inutilem esse constat*; l. 46, § 3, ff. *de verb. oblig.*

---

(1) *Obligatio est vinculum juris, quo adstringimur alicujus rei solvendæ secundum nostræ civitatis jura;* Instit. *princip. de oblig.*

(2) *V.* pure le leggi 17 e 46, § 3, nel medesimo titolo.

E la vendita il cui prezzo è lasciato ad arbitrio del compratore o del venditore è similmente nullo e di niuno effetto; l. 8, ff. *de contrah. empt.*

Del pari il legato lasciato a pura volontà dell'erede a carico del quale vien messo, è ugualmente nullo; l. 43, § 2, ff. *de legat. 1.°*

Ma secondo la l. 11, § 3, ff. *de leg. 3.°*, il fedecommesso (1) posto a carico di un erede in questi termini: *Si fueris arbitratus, si putaveris, si æstimaveris, si utile tibi fuerit visum, vel videbitur,* veniva validamente fatto, se in realtà la cosa era giusta e ragionevole; giacchè in questo caso stimavasi che il testatore si fosse rimesso alla volontà del suo erede siccome a quella di ogni altro uom da bene, *arbitrio boni viri.* Bastava dunque che la persona a cui aveva voluto lasciare la liberalità sotto la condizione, *se ciò sia giusto e ragionevole*, avesse in fatti ben meritato da lui perchè l'erede fosse obbligato di lasciargli l'oggetto del fedecommesso. In somma il testatore non aveva inteso di lasciare assolutamente a suo libero arbitrio la sorte della disposizione, ma soltanto eleggerlo a giudice del suo merito, come avrebbe eletto un terzo.

22. Pothier traendo argomento da questa legge riguarda come validissima l'obbligazione contratta sotto questa condizione, *se io lo creda ragionevo-*

---

(1) Dopo la costituzione di Giustiniano, l. 1.ª, *communia tam legat. quam fideicom.*, che assimilò i legati ai fedecommessi, non dovette esservi diversità a tal riguardo fra i legati propriamente detti ed i fedecommessi.

le, e se infatti la cosa sia in sè stessa ragionevole. Ma Pothier s' inganna, a parer nostro, giacchè in questa promessa, *se io lo creda ragionevole*, unicamente l' idea o piuttosto la volontà del debitore è in realtà l' elemento della condizione, ed in conseguenza dell' obbligazione; talmentechè è vero il dire che non avvi vincolo di dritto. Al contrario nella specie del fedecommesso sopraccitata, l'elemento della condizione non era la volontà dell' erede, ma la volontà del defunto, il quale aveva inteso che questo fedecommesso ricevesse la sua esecuzione se la cosa fosse in sè stessa giusta e ragionevole, scegliendo, non esclusivamente, ma in preferenza il suo erede per giudicarne secondo avrebbe dovuto farlo ogni uomo da bene. E siccome nel dritto romano la volontà del testatore era in qualche modo una cosa sacra; siccome ogni disposizione di ultima volontà veniva mirata, ed in conseguenza interpetrata con favore, consideravasi questa volontà, e non quella dell' erede. Quindi non avvi parità fra i due casi, ed il parere di Pothier deve rigettarsi senza esitazione. È anche dubbioso che appresso noi i legati fatti in simili termini fossero validi ed obbligatorj: lo scioglimento della quistione dipenderebbe molto dalle circostanze della causa.

23. Del resto altra cosa sarebbe ove in una convenzione (e vieppiù in un testamento) fosse detto *se ciò sia ragionevole;* imperciocchè allora l' elemento della condizione non sarebbe più che la cosa ragionevole in sè stessa: l' opinione del debitore

non renderebbe in fatti irragionevole questa cosa, se fosse al contrario giusta e ragionevole. La condizione non sarebbe adunque potestativa da parte sua, ma interamente fuori del suo libero arbitrio.

24. Lo stesso autore (n.° 48) dice pure che « se « io vi abbia promesso dieci scudi in caso che vada « a Parigi, la convenzione è valida; imperocchè « non è interamente in mio potere di non darli, « mentre non posso dispensarmene che astenendo- « mi di andare a Parigi: avvi dunque da parte « mia una vera obbligazione. » E cita egli in sostegno di questa opinione la legge 3, ff. *de leg.* 2.°

Secondo questa legge, se io abbia legato a Tizio, *ove il mio erede salga in Campidoglio (heres dare damnas esto, si in Capitolium ascenderit)*, il legato è valido, benchè sia in potere dell' erede il salire o pur no in Campidoglio, ed in conseguenza il fare che il legato abbia oppur no effetto; a differenza del caso in cui io avessi fatto dipendere la disposizione dal suo libero arbitrio, *si voluerit*, nel qual caso sarebbe stato assolutamente nulla. Quindi quella regola del dritto romano *expressa nocent, non expressa non nocent;* l. 52, ff. *de condit. et demonst.*

Ma rispondiamo ancora che l'esempio de' legati, e soprattutto de' legati in dritto romano non è nientemeno che conchiudente, giacchè il loro effetto emana sempre dalla volontà del testatore, il quale potè considerare come condizione il fatto che l'erede salirebbe oppur no in Campidoglio, risguardando

questo avvenimento come contenente in sè qualche cosa di casuale, che rendeva in talun modo mista la condizione. E secondo il dicemmo nel tomo IX, n.° 477, Ricard (1) considerava nulla la donazione fatta in questi termini; « Io dono nel caso in cui « non vada alla città di Beauvais. E niuno dubita, « egli dice, che simile donazione non sia nulla, « in quanto che sotto termini celati contiene un « mezzo pel quale è in libertà del donante di al- « terarla per questa via. »

Or secondo le regole, è nulla ogni donazione tra vivi fatta sotto condizioni la cui esecuzione dipende dalla sola volontà del donante; art. 944 c. c. = *863 ll. cc.: donare e ritenere non vale.* E questa regola riceve la sua applicazione, sia che dalla sola volontà del donante dipendesse lo scioglimento della donazione, sia che ne dipendesse primieramente l' effetto della donazione; in somma sia che la condizione potestativa fosse risolutiva o sospensiva (2).

Laonde abbiam creduto di abbracciare l' opinione di Ricard (3); e ben si vede che nel merito delle cose non deve farsi alcuna differenza dacchè la condizione ch' egli propone è conceputa sotto il

(1) *Delle donazioni*, part. 1.ª cap. 4, n.° 1038.

(2) Tanto fu chiaramente spiegato nel titolo *delle donazioni e de' testamenti*, tomo VIII, n.° 474 a 485, dove discutiamo i casi più capaci di dubbio.

(3) In ciò abbiamo modificato il parere che avevamo profferito in modo troppo generale nel nostro trattato *de' Contratti*, ec., tomo II, n.° 452.

modo negativo, mentre quella proposta da Pothier è conceputa sotto il modo positivo o affermativo.

25. Nondimeno nelle obbligazioni che hanno una causa, come nei contratti sinallagmatici, per esempio la vendita, la locazione, la permuta, in cui la causa dell' obbligazione di uno si trova in ciò che l' altro deve da sua banda dargli o far per lui, nonchè nelle obbligazioni unilaterali che hanno la loro causa in ciò che il creditore già fece pel debitore, non vediamo perchè si rigetterebbe l' opinione di Pothier. Se io posso comprare con assaggio, ed in conseguenza sotto una condizione meramente potestativa da parte mia, e se posso vendere con facoltà di ricompra, il che non è altro che una condizione risolutiva similmente potestativa, posso dunque far validamente una compra, una vendita o altro contratto con la condizione *se io vada a Parigi*, o *se io non vada a Parigi* (a). Soltanto converrà in generale stabilire un tempo, affinchè le cose non rimangano perpetuamente abbandonate al libero arbitrio di una delle parti. Del resto svilupperemo tra poco con maggiore estensione l' effetto delle condizioni potestative inserite nei contratti sinallagmatici.

26. Ma quando la promessa che io fo non abbia alcuna causa perchè nulla ho ricevuto da colui al quale la fo, quando nulla ne ricevo e non ne devo tampoco

(a) Tali dottrine si sono fra noi adottate nella decisione dei 20 settembre 1836 della 1.ª camera della G. Corte civile di Napoli nella causa tra *Perrelli*, *Volpe*, *Mazziotti* e *Notaro*. Trad.

nulla ricevere, la condizione che vi appongo, *se io vada a Parigi questo anno*, o *se non vi vada*, non può far le veci di causa (1). È questa in vero una liberalità, nulla in doppio aspetto se non siensi osservate le formalità prescritte per gli atti contenenti donazione; imperocchè allora l'atto è nullo per mancanza di forma, ed è nullo perchè l'esecuzione della condizione dipende dalla sola volontà del donante.

E se nel caso in cui fosse fatto come promessa ordinaria, si pretendesse che è valido come semplice obbligazione, risponderemmo ancora di esser nullo come privo di causa; imperocchè la condizione non ne fa le veci allorchè non l'adempia il creditore, o, quando anche egli la faccia accadere, essa è senza interesse per colui che si obbliga; e pel medesimo motivo, allorchè in quest' ultima ipotesi il creditore è interamente estraneo al suo adempimento, come se si fosse detto, *qualora siavi in questo anno un' ecclissi lunare*. Allora la promessa non è altro che una donazione condizionale, e nulla di più.

Taluni autori, massime fra gli antichi, pretesero, per non avervi maturamente riflettuto, che la condizione stia in vece di causa nell'obbligazione; ma ciò non è esatto allorchè essa non possa considerarsi come *peso*, o obbligazione di dare, di fare o di non fare qualche cosa per chi promette, o

(1) *V.* tomo precedente n.° 360.

quando lo stipulante non abbia ancor nulla fatto per quest' ultimo. Così nella suddetta specie in cui senz'aver nulla ricevuto da voi, senza nulla riceverne attualmente, nè senza nulla doverne tampoco ricevere in avvenire, vi prometto 1,000 fr. *se io vada a Parigi questo anno*, o *se non vi vada*, non può esservi altro che una donazione condizionale, e che sarebbe nulla nel nostro dritto pel doppio motivo che abbiamo spiegato.

Udiamo su questo punto Gotofredo, nelle sue note sulla l. 108, ff. *de verb. oblig.*, il cui parere noi già riportammo sommariamente, parlando della *causa* delle obbligazioni, nel tomo precedente n.° 360.

Il giureconsulto Giavoleno in questa legge eleva la controversia, se mai sia valida la stipulazione che io fo teco con questa condizione: *si qua mihi nupserit, decem dotis ejus nomine dare spondes?* mi darai tu dieci per la dote di colei che io sposerò, chiunque essa sia? lo che si riduce a dire: se io mi mariti, mi pagherai dieci a titolo di dote? Ed egli opina per l'affermativa, non ostante l'incertezza circa alla persona che farà verificare la condizione *se io mi mariti;* imperocchè questa incertezza, dice il giureconsulto, non impedisce che si formi l'obbligazione; se effettivamente si verifichi la condizione: *nam cum conditio etiam ex incertæ personæ facto, parere obligationem;* e soggiunge: *veluti si quis in Capitolium ascenderit, decem dare spondes?* la quale stipulazione è in fatti validissima se si verifichi la condizione.

Gotofredo si esprime così sopra tale testo: *stipulatio consistit. Atqui nulla hic subest causa promittendi;* l. 2, § 3, ff. *de doli mali except. Imo subest*, DONANDI ANIMUS SCILICET. *Falsum est igitur, quod hic dicitur ab interpretribus, Zatio scilicet et aliis*, CONDITIONEM ESSE PRO CAUSA. Quindi secondo Gotofredo eravi donazione, ma donazione condizionale.

Che questa stipulazione, *si quis in Capitolium ascenderit*, dovessè ricevere la sua esecuzione nel dritto romano, non deve ciò arrecar meraviglia, poichè, fatta liberamente, senza frode e senza errore, racchiude ad evidenza una liberalità condizionale: or le donazioni non erano sottoposte alle formalità cui si sono soggettate nella nostra legislazione. Ma nel nostro dritto, *qualsivoglia* atto contenente donazione per essere obbligatorio, deve farsi secondo forme speciali, e l'effetto della donazione tra vivi non deve mai dipendere dalla sola volontà del donante, mentrechè ne dipenderebbe nel caso in cui io donassi con questa condizione, *se io vada*, o *se non vada a Parigi*. E subito che è questa un' obbligazione ordinaria, deve avere una causa: or non ne ha altra che la sola volontà di conferire una liberalità. Cuiacio su questa legge, e sulla l. 8 del medesimo titolo, dice similmente che la promessa vien contratta *animo donandi;* dunque, ec.

27. Non possiamo passar sotto silenzio un' altra opinione di Pothier, il quale contra il suo solito si è molto ingannato sul senso di una legge roma-

na, e che ha indotto Toullier nel medesimo errore, quantunque quest' ultimo giureconsulto non sia altronde del parere di Pothier intorno allo scioglimento della quistione dal medesimo decisa.

Trattasi della promessa fatta in questi termini, *allorchè io lo vorrò*, CUM VOLUERO; e Pothier (n.° 47) così si esprime su questo punto: « I giu-
« reconsulti romani opinavano di esser valida la con-
« venzione colla quale taluno prometteva di far qual-
« che cosa *allorchè lo volesse*: credevano che tali
« parole non lasciassero a scelta di colui il quale ave-
« va promesso il fare o non fare ciocchè aveva pro-
« messo; che lasciassero a sua scelta soltanto il tem-
« po in cui lo farebbe, e che quindi la convenzione
« era valida, ed obbligava i suoi eredi se egli fosse
« morto prima di averla adempita, secondo la l.
« 46, §§ 2 e 3, ff. *de verb. oblig.*; ma avvi luo-
« go a credere che questa sottile distinzione (dal
« caso in cui io abbia promesso, *si voluero*) non ver-
« rebbe ammessa fra noi, e che tale convenzione
« non sarebbe maggiormente valida dell' altra. »

Toullier, diciam noi, abbracciò senz' alcuna osservazione il modo onde fu da Pothier interpetrata la legge romana: soltanto egli reputa, contrariamente all'opinione di quell' autore, che il dettame di questa legge, come giusto e ragionevole, dovrebbe seguirsi appresso noi; che l' obbligazione *cum voluero* non è contratta sotto condizione meramente potestativa, ed in conseguenza che non sarebbe annullata dall' art. 1174 c. c.=*1127 ll. cc.*, il quale,

a dir suo, deve intendersi delle obbligazioni contratte sotto condizioni di questa natura.

Faremo in prima osservare che queste parole *cum voluero*, o non formano mica condizione, ma soltanto un termine incerto, o racchiudono una condizione meramente potestativa. E circa alla legge citata da Pothier e poscia da Toullier, ecco ciocchè essa dispone sul caso in esame: *Si ita stipulatus fuero*, CUM VOLUERIS, *quidam inutilem esse stipulationem aiunt: alii ita inutilem, si antequam constituas, morieris; quod verum est.* Quindi, secondo alcuni, la promessa era assolutamente nulla; secondo altri, il cui sentimento prevalse, era valida e doveva eseguirsi dagli eredi di chi l'aveva fatta, ma soltanto se aveva dichiarata la sua volontà a tal riguardo prima della sua morte; imperocchè ciò evidentemente è quel che dice il giureconsulto in questi termini: *alii ita inutilem, si antequam constituas, morieris;* cioè che la promessa è nulla sol quando tu morresti prima di aver dichiarato la volontà di eseguirla; ed in conseguenza è nulla se muori prima di aver manifestata la tua volontà a tal riguardo. In vece che, secondo l'interpetrazione di Pothier, abbracciata male a proposito da Toullier, le parole *cum volueris* esprimerebbero soltanto un termine, e non già una condizione, e la promessa sarebbe obbligatoria per gli eredi, che dovrebbero eseguirla se il loro autore non l'avesse egli stesso eseguita mentre viveva. Or ciò non è vero che mediante la dichiarazione di volontà di chi fece la pro-

messa, della quale dichiarazione Pothier non parla, che non sembra anche supporre come necessaria a tale effetto, e che nondimeno lo era. Tanto dichiara positivamente Cuiacio sulla l. 17 nel medesimo titolo, in cui spiega questa legge 46, e dice specialmente: *quod si antequam vellet promissor, decesserit, heres ejus non tenetur.* Bartolo su questa legge si esprime nel medesimo modo: *promissio* CUM VOLUERIS, *valet, si ante mortem tuam declares te velle: secus in promissione* SI VOLUERIS. In fatti in quest' ultimo caso non eravi interamente obbligazione, ed in conseguenza l'crede della persona non poteva essere obbligato; l. 8, ff. *de oblig. et act.*

Quindi gli stessi Romani non iscorgevano in tale convenzione *cum voluero*, *cum volueris*, una promessa obbligatoria per chi l' aveva fatta; e non la consideravano come obbligatoria pe' suoi eredi, se non quando aveva egli dichiarato la sua volontà a tal riguardo, cioè in virtù di un consenso posteriore.

Pothier non la considerava come valida nel dritto francese; ma era questa una conseguenza del modo con cui egli interpetrava la legge romana, giacchè nello stesso dritto romano sarebbe stata nulla riguardandola secondo i termini in cui quell'autore intese la legge. Toullier al contrario, il quale nondimeno interpetrò tale testo nella stessa guisa di Pothier, ha per valida la promessa, sì in dritto francese che in dritto romano, mentrechè intesa in questi termini, è nulla nell'una e nell'altra le-

gislazione. In effetti promettendo di donare *allorchè lo vorrò*, bisogna che lo voglia, perchè sia obbligato, e se io muoia *senz' averlo voluto*, non essendo mai riseduta l'obbligazione in persona mia, non è passata ai miei eredi. Ciò è evidentissimo.

Ma se io dichiarassi la mia volontà fin da questo momento, il vincolo di dritto si formerebbe contro di me, ed in conseguenza i miei eredi sarebbero in obbligo di eseguir la promessa se non l'avessi io medesimo eseguita prima della mia morte; al pari che avrei potuto esservi costretto dal momento in cui avessi dichiarato la mia volontà di far la cosa.

28. Ed allorchè si tratti di un mutuo fatto con la clausola che il mutuatario pagherà quando potrà, o quando ne avrà i mezzi, il giudice gli prescrive un termine per liberarsi; art. 1901 c. c. = *1773 ll. cc.*

29. E se egli avesse detto che il debitore restituirebbe la cosa *quando lo volesse*, e dalle circostanze della causa fosse ben dimostrato di non esserglisi voluto fare una liberalità (la quale del resto non si presumerebbe, *quia nemo dare præsumitur*), si riguarderebbero queste espressioni *quando lo volesse* come equivalenti di quelle *che il debitore pagasse quando lo potesse*, o *quando ne avesse i mezzi.* Essendo formale la causa dell'obbligazione, e non dovendo chi ha ricevuto le cose arricchirsi a spese altrui, questi termini esprimerebbero piuttosto una facoltà lasciata al mutuatario per li-

berarsi in un tempo in cui lo potesse, che una condizione meramente potestativa di essere oppur no obbligato alla restituzione. Sarebbe questa, se possiamo così esprimerci, una condizione *temporis*, e non una condizione *voluntatis*.

Ciò per le obbligazioni unilaterali, di cui vuol principalmente parlare l'art. 1174 c. c. = *1127 ll. cc.*; e non bisogna perdere di mira, come lo abbiam detto, di esser nulla ogni donazione tra vivi fatta sotto condizioni la cui esecuzione dipende dalla sola volontà del donante (art. 944 c. c. = *868 ll. cc.*), sia che si tratti dell' effetto primitivo della donazione, sia che si tratti della risoluzione di tale effetto.

30. Ma nelle convenzioni sinallagmatiche, come a dire la vendita, la permuta, la locazione, la società, il contratto può farsi sotto condizione potestativa, ora sospensiva, ora risolutiva, dal canto di una delle parti, ed anche talvolta dal canto di entrambe.

Così, la compra fatta col patto dell'assaggio è fatta sotto una condizione evidentemente potestativa da parte del compratore, e questa condizione è sempre presunta sospensiva; art. 1588 c. c. = *1433 ll. cc.* *Emptio tam sub conditione, quam pure contrahi potest: sub conditione veluti*, SI STICUS INFRA CERTUM DIEM TIBI PLACUERIT, ERIT TIBI EMPTUS TOT AUREIS; § 4, Instit. *de empt. et vendit.* Poco importa che la vendita sia un contratto sinallagmatico, il quale in conseguenza produce obbligazioni reci-

proche, e che qui non vi sia ancora obbligazione se non da parte del venditore: si dovè mitigare il rigore delle regole per agevolare il commercio, attesochè in parecchi casi le cose vendute han bisogno di essere provate durante un certo tempo perchè uno si possa assicurare se abbiano le qualità richieste; e nondimeno chi ne ha bisogno vuol vincolare il venditore. Qui avvi consenso delle parti sulla cosa e sul prezzo, e la condizione potestativa dal canto del compratore, la quale in vero è sospensiva della sua obbligazione, essendo soltanto per un certo tempo, non è un ostacolo alla validità del contratto, se in fatti essa si verifichi, cioè se nel termine stabilito la cosa convenga al compratore. Diversamente sarebbe se il prezzo fosse lasciato all'arbitrio di una delle parti, *quanti velis* (1); o se fosse lasciato al libero arbitrio del compratore di avere oppur no la cosa per comprata, senza stabilire alcun tempo per determinarsi: *si tibi placebit, habebis eptum* (2). Imperocchè in questi casi la perfezione del contratto dipenderebbe in tutto e sempre dalla volontà di una delle parti, ciocchè è contrario all'essenza de'contratti e delle obbligazioni che ne risultano. Non essendo il compratore vincolato in alcun tempo, non vi sarebbe per conseguenza obbligazione alcuna dal suo canto, il che è contrario all'essenza del con-

(1) L. 35, § 1, ff. *de contrah. empt.*

(2) L. 13, *de contrah. empt.* Vinnio, Instit., § 4, *de empt. et vendit.*

tratto di vendita, il cui effetto è di produrre obbligazioni dirette da una parte e l'altra.

Così pure il venditore che vende col patto di ricompra o facoltà di riscatto, si riserba con tal patto la facoltà di far sciogliere il contratto di vendita, ed è questa una condizione potestativa risolutiva da sua parte soltanto. Anticamente il patto di ricompra poteva anche essere convenuto *per sempre*, perchè non impediva la perfezione del contratto di vendita e suoi effetti; ne produceva soltanto lo scioglimento, se veniva esercitata la ricompra. Presentemente non può esser convenuto che per cinque anni al più; art. 1660 c. c. = *1506 ll. cc.*

Lo stesso compratore può non solo comprare sotto una condizione potestativa da sua parte e sospensiva, comprando col patto dell' assaggio, ma può di più comprare con facoltà di sciogliere la vendita, restituendo le cosa. Questo patto era usatissimo in dritto romano; esso si faceva in questi termini: *Si res mihi displicuerit, inempta fiet* (1). Potevasi ancora convenire che il compratore avrebbe sempre facoltà di sciogliere il contratto, restituendo la cosa (2), attesochè, dice Vinnio (3), *ea conventione non perfectio contractus a voluntate suspenditur emptoris, sed resolutio.* Nulladimeno non opiniamo che si potesse oggidì stipulare la facoltà di sciogliere

(1) L. 3, ff. *de contrah. emptione*; l. ff. *de rescind. vendit.*; l. 4, Cod. *de ædilit. edict.*

(2) L. 31, § 22, ff. *de ædilit. edicto.*

(3) *Ad Instit.*, § 4, *de empt. et vendit.*

la vendita per essere esercitata durante più di anni cinque. Noi ci determiniamo per analogia di quanto fu stabilito dal Codice riguardo alla facoltà di ricompra; art. 1660 c. c. = *1506 ll. cc.* I motivi sono gli stessi.

La condizione, essenzialmente potestativa in questo caso, era considerata come risolutiva. Dovrebbe ancora generalmente riguardarsi sotto tale aspetto nel nostro dritto, perchè nella ipotesi la vendita non è necessariamente fatta col patto dell' assaggio. Ben può darsi in effetti che la condizione abbia uno scopo tutto diverso da quello di saggiare la cosa, di conoscerne le qualità, come avviene nelle vendite di tale natura.

Simili risoluzioni sarebbero applicabili al caso di permuta, attesochè l'art. 1707 c. c. = *1553 ll. cc.* dice che le regole del contratto di vendita sono applicabili al contratto di permuta, eccetto le disposizioni speciali stabilite negli articoli precedenti riguardanti questo contratto, e nel cui numero non vanno comprese quelle da noi applicate al caso di vendita.

Avviene sovente ancora che nelle locazioni fatte per un certo numero di anni, per nove anni per esempio, si conviene che uno de' contraenti potrà sciogliere il contratto di locazione in certe epoche determinate, *puta* al termine de' primi tre o sei anni, col peso di notificarlo all' altra parte. La clausola può anche essere stipulata nell'interesse di uno di essi soltanto, del locatore o del fittaiuolo,

poco importa. In questi casi il contratto cessa di produrre i suoi effetti per avvenire. L'affitto *da tre a sei*, *da sei a nove*, non è sempre che un solo e medesimo affitto, ma risolvibile.

E circa alla loro durata, le società che non sono contratte a tempo dipendono dalla volontà di ciascun socio, che può dimandare lo scioglimento della società, purchè tal dimanda sia fatta in buona fede e non già fuori tempo; art. 1805 e 1869 c. c. = *1651 e 1741 ll. cc.*, insiem combinati.

31. Del resto vi è diversità tra l'obbligazione lasciata a volontà di un terzo, e, ne' casi ordinarj, quella che dipendesse dalla persona obbligata; essa è validamente contratta, e deve ricevere la sua esecuzione se il terzo in fatti dichiari la sua volontà. La condizione è allora casuale o mista, secondo le circostanze, e non potestativa da parte del debitore. Quindi allorchè due persone che litigano sopra una cosa, convengano che quella che la detiene la restituirà all'altra, *se Paolo il creda convenevole*, la convenzione deve ricevere la sua esecuzione, se quest'ultimo dichiari che la cosa debb'essere restituita; l. 43, ff. *de verb. oblig.*

Ma se egli non voglia o non possa dichiararlo, la convenzione rimane senza effetto, anche per la clausola penale, qualora se ne fosse aggiunta qualcuna; l. 44 *eodem. tit.*

Così puranche, giusta l'art. 1012 c. pr. = *1988 ll. pr. civ.*, il compromesso finisce per la morte, il rifiuto, la desistenza o l'impedimento di uno degli

arbitri soltanto, nel caso in cui fossero nominati molti, purchè non sia stata apposta una clausola che autorizzi a continuare il compromesso, ovvero a surrogare un altro, a scelta delle parti, o dell'arbitro o del resto degli arbitri.

Similmente ancora il prezzo della vendita, che è essenziale al contratto di stabilire, può rimettersi al giudizio di un terzo indicato; ma se questi non voglia o non possa diffinirlo, la vendita è nulla; art. 1592 c. c. = *1437 ll. cc.*

Nulladimeno secondo le romane leggi un legato non può dipendere dal libero arbitrio di un terzo, per esempio: *Lego a Seio*, SI SEMPRONIUS VOLUERIT. Il legato sarebbe stato nullo quando anche Sempronio avesse dichiarato che la sua volontà era di dover esso ricevere la sua esecuzione (1). Ma i Romani ammettevano benissimo che si potesse legare validamente con condizione avente per oggetto il fatto di un terzo, ed il cui adempimento per conseguenza dipendeva più o meno dalla volontà di questo terzo; per esempio, il legato fatto in tai termini: *Si Titius ad Capitolium ascenderit, Seio do, lego* (2), era validissimo, e doveva ricevere la sua esecuzione se effettivamente Tizio fosse asceso al Campidoglio.

Adducemmo la ragione di siffatta differenza dal primo caso, trattando de' legati condizionali, tomo IX, n.° 300 e seguenti, ove esterniamo l'opinione

(1) L. 52, ff. *de condit. et demonst.*; l. 68, ff. *de heredib. instit.*
(2) Medesime leggi.

che le disposizioni delle leggi romane su questi differenti punti dovrebbero seguirsi nel nostro dritto, almeno generalmente.

32. Un'altra divisione delle condizioni, importantissima per ragione della validità o della nullità dell'obbligazione, è in condizioni possibili, lecite ed oneste, ed in condizioni impossibili, illecite o contrarie al buon costume, secondo il loro oggetto.

Ai termini dell'art. 1172 c. c. = *1125 ll. cc.*, « qualunque condizione di una cosa impossibile, o contraria ai buoni costumi, o proibita dalla legge, è nulla E RENDE NULLA L'OBBLIGAZIONE CONTRATTA SOTTO QUESTA CONDIZIONE ».

In vece che giusta l'art. 900 c. c. = *816 ll. cc.*, « in qualunque disposizione tra vivi o di ultima volontà si hanno per non iscritte le condizioni impossibili, e quelle che sono contrarie alle leggi o al buon costume »; ciocchè non può significar altro se non che la disposizione, come riputata pura e semplice, deve ricevere la sua esecuzione, se non sia viziosa per altra causa.

Siccome esaminando questo articolo (1) discutemmo accuratamente i motivi sui quali si volle fondare una sì importante differenza tra gli atti a titolo gratuito e gli atti a titolo oneroso, non possiamo che rinviare a quanto dicemmo su tale oggetto, a fin di evitare inutili ripetizioni.

33. Una condizione è impossibile allorchè le leg-

(1) Tomo VIII, cap. 1.°, sez. 3, e particolarmente n.° 100 a 112.

gi della natura pongono ostacolo al suo adempimento; per esempio, *se toccate il cielo col dito, se donate un ippocentauro, se bevete un intero fiume.* E qualunque obbligazione (eccettochè una donazione), contratta sotto una condizione di questa specie, è assolutamente senza effetto, perchè egli è evidente che le parti vollero piuttosto scherzare che contrattar seriamente.

Ma l' obbligazione contratta sotto la condizione di non fare una cosa fisicamente o naturalmente impossibile, e che ha altronde una giusta causa, è validissima (art. 1173 c. c. = *1126 ll. cc.*) (1), precisamente perchè la condizione non ne forma realmente una; giacchè è certo che la cosa impossibile a farsi non sarà fatta, e per conseguenza che la condizione si trova per la stessa ragione adempita. Non avvi cosa alcuna in sospeso in simil caso; per cui ove si fosse detto: *se non toccate il cielo col dito nell' anno, promettete di darmi cento?* il creditore potrebbe procedere immediatamente (2).

L' obbligazione sarebbe similmente pura e semplice, se fosse contratta sotto due condizioni che si distruggessero tra loro, cioè una di cui dovrebbe necessariamente verificarsi; per esempio ove fosse detto, *se la tale nave ritorni in Francia,* o *non vi ritorni;* giacchè sarebbe *certo* che o l' una o l' altra di queste cose si verificherebbe; per conseguenza non vi

(1) L. 7, ff. *de verb. oblig.*
(2) L. 8, *eod. tit.*

sarebbe condizione, poichè la condizione è il caso di un avvenimento incerto.

Ma in questo caso se l' obbligazione non avesse alcuna causa, sarebbe evidentemente una donazione, ed una donazione pura e semplice, per la cui validità dovrebbero osservarsi le formalità prescritte per gli atti contenenti donazione; altrimenti l' atto sarebbe nullo come promessa mancante di causa.

34. Una condizione è contraria al buon costume allorchè offende l' onestà e il pudore delle persone, allorchè abbia per oggetto d' impedire molto la libertà delle loro azioni, quando tende a far loro violare i precetti della morale universale e della carità verso i nostri simili, ovvero allorchè sia opposta ai principj di religione di colui al quale fu imposta: allora la condizione è *moralmente* impossibile. Si potrebbero addurre innumerevoli esempj, senza mai poter abbracciare tutti i casi; è questo dunque un punto lasciato alla saggezza de' Tribunali. Noi entrammo su tal riguardo in lunghe spiegazioni, allorchè esaminammo l' art. 900 c. c. =*816 ll. cc.*, nel tomo VIII, cap. 1.° e sez. 3.ª Possonsi ancora indubitatamente presentarsi altri casi; ma come lo abbiam detto, i magistrati esaminerebbero colla loro saggezza se la condizione da cui si fece dipendere l' effetto della convenzione sia oppur no contraria al buon costume o alle leggi, ed in tale giudizio essi considereranno ancora meno il grado d' intelligenza e di discernimento delle parti, il loro stato e le loro abitudini, che la natura della condizione in

sè stessa in rapporto all' ordine pubblico ed al buon costume riguardati sotto un aspetto generale.

35. L' obbligazione contratta sotto la condizione di non fare una cosa che fosse contraria alle leggi o al buon costume, ovvero in altri termini, di non fare una cosa *moralmente impossibile*, è similmente valida, se abbia altronde una giusta causa; per esempio: *vi vendo la mia casa mediante 10,000 franchi, se non vi battete in duello con un tale*, con cui avete avuto un contrasto; imperocchè se si tolga la condizione, il contratto ha il suo effetto, poichè ha una causa, contenendo la vendita virtualmente la causa dell' obbligazione di ciascuna delle parti in ciò che l' altra deve darle; e se venga lasciata sussistere, il contratto ha similmente il suo effetto, qualora essa sia adempita, poichè è lecitissima, avendo per oggetto d' impedire una cosa illecita. Laonde la condizione imposta ad una donna, *si non diverterit*, era validissima in dritto romano (1), mentrechè la condizione *si diverterit* era riguardata con ragione come contraria al buon costume (2).

Ma se in vece di una vendita o di qualunque altro contratto sinallagmatico, la condizione imposta sotto la condizione di non fare qualche cosa che fosse contraria alle leggi o al buon costume, sia una promessa unilaterale interamente mancante di causa, perchè quello a cui vantaggio fu fatta non diede, non dà e non darà cosa alcuna all' altra parte, al-

(1) L. 2, Cod. *de condit. insert. tam legat. quam fideicom.*
(2) L. 5, Cod. *de instit. et substit.*

lora l'obbligazione è nulla come mancante di causa, perchè la condizione in questo caso non ne può far le veci. Così, senza dovervi cosa alcuna, ma unicamente colla mira di distogliervi da un cattivo proponimento, io vi prometto mille franchi, se non pubblicate un dato libello che mi mostraste, e che intendete di pubblicare contro un tale, mio parente o mio amico; non cade dubbio che tale promessa sia nulla, poichè voi non potreste dimandare un guiderdone per esservi astenuto da un'azione da cui dovevate naturalmente astenervi. La mia promessa riman sempre senza causa rispetto a me, e rispetto a voi non ne ha che una turpe. Questo esempio prova eziandio la verità di quanto dicemmo parecchie volte, che la condizione non fa sempre le veci di causa. Neanche potreste sostenere che la promessa vale come donazione, poichè non furono osservate le forme degli atti contenenti donazione. Quindi essa è nulla sotto tutti i rapporti: nulla come donazione, perchè mancante di forme, e nulla come obbligazione ordinaria, perchè mancante di causa.

36. Ma poichè le condizioni contrarie al buon costume ed alle leggi rendono nulle le obbligazioni contratte sotto tali condizioni, ben si comprende quanto importi di non confonderle coi semplici patti, con le clausole, coi pesi o con le convenzioni particolari apposte nei contratti, e che la legge non ammetterebbe come contrarj alle sue disposizioni.

Così, la clausola inserita in un contratto matrimoniale, colla quale la moglie stipulasse che essa avrà

il dritto di stare in giudizio e di disporre de' proprj immobili senza aver bisogno dell' autorizzazione di suo marito nè di quella del magistrato, sarebbe certamente nulla, giusta gli art. 215, 217, 1388 e 1538 c. c. = *204, 206 e 1342 ll. cc.*, esaminati ed insiem combinati, ma non renderebbe nullo perciò il contratto medesimo di matrimonio, abbenchè le diverse convenzioni di un contratto formino la tacita condizione le une delle altre; imperocchè sarebbe questo al contrario il caso della regola *utile per inutile non vitiatur.*

Sarebbe lo stesso della clausola inserita in un contratto di vendita, colla quale il venditore si riservasse la facoltà di sperimentare il dritto di ricompra per un tempo eccedente cinque anni: non solamente il contratto di vendita verrebbe dichiarato valido, ma sarebbe valido lo stesso patto di riscatto; il termine unicamente si ridurrebbe a cinque anni; art. 1650 c. c. = *1496 ll. cc.*

Ed abbenchè l'una o l'altra di queste clausole fosse stipulata sotto il modo condizionale, *a condizione che*, *se non quando*, ec., facendo in tal modo le parti formalmente dipendere l'effetto del contratto medesimo dall' effetto della clausola, non crediamo tuttavolta che dovesse derivarne la nullità del contratto. Primieramente circa alle donazioni inserite in un contratto di matrimonio, non sarebbero men valide in virtù dell'art. 900 c. c. = *816 ll. cc.*, anche quando si dovesse considerare la clausola di cui si tratta come una condizione propriamente det-

ta, della natura di quelle che l'art. 1172 c. c. = *1125 ll. cc.* ebbe puranche in mira dicendo che qualunque condizione di una cosa impossibile, contraria al buon costume, o proibita dalla legge, è nulla e rende nulla la convenzione che ne dipende; imperocchè in materia di donazione le condizioni impossibili, contrarie alle leggi o al buon costume si reputano non iscritte; non vi sarebbero al più che le stipulazioni a titolo oneroso, come le convenzioni di comunione, ed altre simili, che potrebbero essere soggette alla clausola; ma anche quelle non dovrebbero esserlo; sarebbe soltanto nullo ciocchè era specialmente vietato dalla legge.

Infatti il citato art. 1172 deve porsi in relazione coll'art. 1168 c. c. = *1121 ll. cc.*, il quale ci dà la definizione di ciò che la legge in questi articoli intende per *condizione;* or è questo il caso di *un avvenimento futuro ed incerto* da cui si fa dipendere l'effetto dell'obbligazione, o la sua risoluzione, secondo che l'evento accadrà o non accadrà. Mentrechè la stipulazione della moglie nella specie non ha per oggetto un avvenimento considerato come incerto; al contrario è una cosa positiva che le parti ebbero in mira: è una stipulazione pura e semplice in sè stessa; soltanto esse dichiararono far dipendere dall'effetto di siffatta stipulazione le altre convenzioni del contratto matrimoniale, come non dovendo ricevere la loro esecuzione, giusta la clausola, se non quando questa medesima clausola ricevesse la sua. Ma esse nol potettero, e potettero benissimo fare le

convenzioni principali. Non puossi dunque applicare l'art. 1172 c. c. = *1125 ll. cc.* a queste convenzioni; poichè non dipendevano da un avvenimento futuro ed incerto, contrario alle leggi o al buon costume, ma sibbene da un oggetto positivo.

Si supponga pure che entro un atto di celebrazione di matrimonio un uffiziale dello stato civile, ignorando o trascurando i suoi doveri, inserisca a dimanda degli sposi la clausola che in caso d'incompatibilità di temperamento potranno vivere separati, il marito senza essere obbligato di ricevere in casa sua la moglie, la moglie senza essere astretta di abitare col marito, e siavi espressa dichiarazione che il matrimonio è contratto solamente sotto la condizione di questa riserva: una simile clausola sarebbe indubitatamente nulla, come contraria alle leggi ed al buon costume; ma si oserebbe mai sostenere per ciò, e per applicazione dell'art. 1172 c. c. = *1125 ll. cc.*, che il matrimonio medesimo sia nullo, perchè fu contratto sotto una condizione contraria alle leggi? Nessuno ardirebbe sostenere simile proposizione: si applicherebbe semplicemente l'adagio *utile per inutile non vitiatur.*

E se nel contratto che regola le convenzioni matrimoniali vi fossero clausole che ledessero la patria potestà, o l'ordine legale delle successioni, per esempio, accordando al primogenito de' figli una porzione maggiore di quella degli altri nella successione dei genitori, simili clausole sarebbero sicuramente nulle puranche, ma non lo sarebbe per ciò il contratto

di matrimonio nelle altre sue disposizioni permesse, quando anche, a creder nostro, si fosse fatto espressamente dipendere l'effetto di queste disposizioni dall' effetto delle stipulazioni proibite. In simile caso ci limiteremo sempre ad annullare semplicemente le condizioni vietate, almeno vi bisognerebbe un concorso di circostanze straordinarie il quale provasse che le parti vollero violare le leggi perchè si annullasse l' intero contratto; ed eziandio se uno degli sposi fosse minore, la nullità del contratto non potrebbe ammettersi sulla dimanda dell'altro sposo.

37. Gli autori dividono puranche le condizioni in espresse o formali, ed in tacite o sottointese (a).

Le espresse son quelle le quali vengono positivamente enunciate dai contraenti o dai testatori, e qualche volta dalla legge.

Le tacite sono quelle le quali trovansi inerenti alla natura della convenzione o della disposizione, e che la legge medesima supplisce nel silenzio delle parti (b).

38. Così, nei contratti sinallagmatici l'obbligazione per ciascuna delle parti di eseguire il contratto,

---

(a) Spesso le condizioni per via di presunzioni si possono estendere da caso a caso, ma non mai però da persona a persona; l. 39 e 44, *princ.*, e § 3, ff. *de condit. et demonst.*; *Duaren.* cap. 5, ad tit. ff. *de condit. instit.*; *De Ponte, consil. 67*, n.° 6, vol. 1, e decis. 39, n. 2 e 4. Trad.

(b) Supponendosi che altrimenti non si sarebbe assunta la obbligazione, *secus non contraxisset*. Quindi al proposito Volfio (*Jus. natur.*, part. 3, § 806.) dice: *Conditio per se inesse dicitur, promissioni, vel pacto, si sine ea præstatio ejus, quod promissum vel de quo conventum concipi nequit.* Trad.

è una condizione tacita che l'obbligazione dell'altra non avrà effetto se non quando avverrà questa esecuzione (art. 1184 c. c. = *1137 ll. cc.*): la condizione in questo caso è risolutiva.

Talune volte ancora senza sospendere l'*effetto dell'obbligazione*, essa ne sospende tuttavolta l'*esecuzione*; per esempio, il venditore che non abbia accordato un termine al compratore non è tenuto a consegnargli la cosa, se questi non ne paghi il prezzo; art. 1612 c. c. = *1458 ll. cc.*

Per lo più la risoluzione deve dimandarsi giudizialmente (art. 1184 c. c. = *1137 ll. cc.*), ma in alcuni casi essa ha luogo *ipso jure*. In tal modo trattandosi di derrate e di cose mobili, lo scioglimento della vendita ha luogo *ipso jure*, e senza intimazione a pro del venditore, spirato il termine stabilito per la tradizione; art. 1657 c. c. = *1503 ll. cc.*

39. Nelle disposizioni testamentarie avvi sempre la tacita condizione che l'erede istituito o il legatario sopravviverà al testatore (art. 1039 c. c. = *994 ll. cc.*); ma non è essa una vera condizione, nè rende condizionale l'istituzione o il legato; neanche generalmente li renderebbe tali, ancorchè fosse stata espressa dal testatore.

Le donazioni fatte da una persona che non avea figli al tempo della donazione, si considerano fatte sotto una condizione risolutiva, nel caso in cui al donante nascesse un figlio legittimo, o che egli legittimasse un figlio naturale nato dopo la donazione (art. 960 c. c. = *885 ll. cc.*); ma la donazione non è perciò condizionale.

*

Si moltiplicherebbero facilmente gli esempj delle tacite condizioni legali.

40. Il senso condizionale si esprime comunemente colla congiunzione *se*, o con frasi di questa specie, *in caso che*, *purchè*, *ammenochè*, *se non quando*, *a condizione che*, *dandosi il caso*, ed altre simili espressioni.

L'ablativo assoluto *stante ciò*, ec. forma puranche ordinariamente condizione, ma non sempre: il senso della intera frase in cui si trovano queste parole, determina se esse sieno oppur no concepute in un senso condizionale. Devesi generalmente dire altrettanto dell'uso de' gerundj (a).

41. La congiunzione poi *allorchè* o *quando* non induce condizione se non qualora dal complesso della clausola in cui si rinviene risulti chiaramente che fu intenzione delle parti di annettervi tal senso. Nel caso contrario non è che un termine il quale non sospende l'effetto dell'obbligazione, ma ne ritarda soltanto l'esecuzione; art. 1185 c. c. = *1138 ll. cc.* (1). Le circostanze della causa possono puranche rischiarare i tribunali sull'idea de'contraenti a tal riguardo.

È questo altronde un punto importante, attesochè, giusta l'art. 1182 c. c. = *1135 ll. cc.*, se la

(a) È noto che i gerundj congiunti con clausole riguardanti il tempo avvenire, si risolvono in condizioni. *V.* Bartolo *nella legge 76*, § *1*, *n.° 1*, ff. *de adquir. heredit.*, e de Marinis *risolut. 8*, *n.° 16*, *lib. 2.* Trad.

(1) *V.* in materia di legati, tomo IX, n.° 294.

cosa promessa sotto condizione perisca nel tempo che la condizione pende tuttavia, perisce per colui che la promise (nel caso in cui si fosse convenuto un prezzo per questa cosa), abbenchè la condizione si verificasse di poi, e non ostante la regola che la condizione adempita ha un effetto retroattivo al giorno del contratto (art. 1179 c. c. = *1132 ll. cc.*); mentrechè se le parti non intesero apporre che un termine, la perdita della cosa avvenuta per caso fortuito e prima che il debitore fosse in mora, vien sofferta dal creditore di questa cosa, il quale per conseguenza non è meno obbligato di pagarne il prezzo, se lo promise.

42. Il pronome *che* forma ora condizione, ora peso o modo, ora semplice indicazione o dimostrazione, ma di rado condizione.

Trattando de' legati, tomo IX n.° 295, adducemmo esempj di casi in cui questa espressione ha l'una o l'altra di tali significazioni: puossi ricorrere a quanto noi dicemmo a tal riguardo; giacchè generalmente le risoluzioni sono le stesse in materia di contratti, e la regola da seguirsi è di attenersi all'intenzione che probabilmente avevano i contraenti al tempo della convenzione; art. 1156 c. c. = *1109 ll. cc.*

43. Laonde qualunque condizione debb'essere adempita nella maniera che le parti hanno verisimilmente voluto ed inteso che lo fosse; art. 1175 c. c. = *1128 ll. cc.*

44. Importa specialmente di ben distinguere se

la condizione da esse apposta dovè nella loro intenzione essere sospensiva o risolutiva, perchè gli effetti sono differentissimi: specialmente la condizione sospensiva impedisce l'esecuzione dell'obbligazione finchè essa non sia adempita; mentrechè la condizione risolutiva non impedisce l'esecuzione della convenzione, ma soltanto produce la rivocazione dell'obbligazione, se mai si verifichi, e rimette in tal modo le cose nel medesimo stato come se il contratto non fosse sussistito; art. 1183 c. c. = *1136 ll. cc.*

A tal riguardo seguesi il senso naturale de'termini dell'atto, attesochè generalmente le parti mostrano la loro volontà colle espressioni da esse usate. Ma siffatta regola piegasi tuttavolta innanzi a quell'altra che « nelle convenzioni si dee indagare « quale sia stata la comune intenzione delle parti « contraenti, anzichè attenersi al senso letterale delle « parole; art. 1156 c. c. = *1109 ll. cc.* »

Puossi nondimeno stabilire come regola generale che quando le parole destinate ad esprimere l'avvenimento preveduto riguardano direttamente l'effetto primitivo della convenzione, la condizione è sospensiva; e che quando riguardano la risoluzione di questo effetto, la condizione è risolutiva.

Da ciò segue che se io dica: *La vendita della mia casa vi è fatta mediante 10,000 fr., se qualche altro fra un mese non me ne dia un prezzo maggiore,* la condizione è sospensiva; ma se dica: *Vi vendo la mia casa per 10,000 fr.; ma se qualche altro fra un*

mese me ne dia un prezzo maggiore, non vi sarà vendita, la condizione è risolutiva. Così opina sull' uno e l' altro caso il giureconsulto Ulpiano nella l. 2, ff. *de in diem addict.*, che più innanzi avemmo occasione di citare, n.° 8: *Nam si quidem hoc actum est*, UT MELIORE ALLATA CONDITIONE, DISCEDATUR, *erit pura emptio, quæ sub conditione resolvitur; sin autem hoc actum est*, UT PERFICIATUR EMPTIO, NISI MELIOR CONDITIO AFFERATUR, *erit emptio conditionalis*. (Cioè sotto condizione sospensiva).

45. Nell' adempimento delle condizioni è d'uopo distinguere quelle che consistono in un fatto personale a colui al quale sono imposte, da quelle che non consistono se non in un fatto considerato in sè stesso, indipendentemente dalla persona che l' adempirebbe.

Così, quando dico, io vi prometto 1,000 fr., *se mi fate il mio ritratto*, o *se mi designate il piano di un palazzo* che mi propongo di far costruire, la condizione deve adempiersi da voi medesimo: i vostri eredi non potrebbero adempirla, del pari che i vostri creditori, per avere i 1,000 franchi. Laonde non devesi intendere per questi ed altri simili casi la disposizione dell' art. 1179 c. c. = *1132 ll. cc.*, la quale dichiara che se il creditore sia morto prima che si verifichi la condizione, le sue ragioni passano ai suoi eredi, lo che parrebbe far supporre che questi ultimi possono, come il loro autore, adempiere la condizione, e quindi sperimentare i dritti che dipen-

devano dal suo adempimento. Questo articolo deve intendersi del caso in cui la condizione sia casuale, di quasi tutti quelli puranche in cui sia mista, ma non di tutti quelli in cui sia potestativa da parte del creditore, per quanto è d' uopo.

Ma quando convengo con voi di pagarvi 100 fr., *se abbattete il tale albero del vostro giardino*, che offusca l'aspetto della mia casa, o *se Paolo demolisca il tale muro*, che me l' offusca similmente, la condizione può essere adempita da' vostri eredi nel primo caso, e da quelli di Paolo nel secondo; giacchè si ebbe in mira il fatto medesimo, e non la persona che l' eseguirebbe.

La maggior parte degli antichi autori opinava tuttavolta che qualunque condizione potestativa da parte dello stipulante o creditore non potesse adempiersi utilmente dopo la sua morte; per conseguenza che non trasmettesse il dritto a' suoi eredi per non averlo acquistato egli stesso coll' adempimento della condizione. Ma da molto tempo fu dimostrato siffatta dottrina essere erronea per la sua soverchia generalità: essa è vera nei casi in cui la condizione potestativa da parte del creditore consista in un fatto che gli è meramente personale, come negli esempj da noi più sopra addotti, e che puossi al certo estendere a molti altri casi ancora, ma è falsa in quelli in cui la condizione, abbenchè potestativa, consista piuttosto nel fatto in sè stesso, anzichè nella volontà personale della parte contraente che doveva eseguirlo, e che non fu indicata nel contratto se

non perchè la cosa da farsi dipendeva piuttosto da essa anzichè da altri nel tempo in cui si contrattava. Avviene di simili condizioni come delle obbligazioni di fare, contratte puramente e semplicemente, le quali possono eseguirsi da un terzo del pari che dal debitore medesimo, contra la volontà del creditore, allorchè questi non abbia interesse perchè esse lo sieno dal debitore; art. 1237 c. c. = *1190 ll. cc.*

46. In generale se furono imposte molte condizioni con una particella disgiuntiva, per esempio, *se la tale nave ritorni in Francia o se Paolo sia nominato al tale impiego*, basta che l'una o l'altra si verifichi, perchè l' obbligazione addivenga perfetta, se le condizioni sieno sospensive, e perchè si risolva, nel caso che fossero risolutive.

47. Quando le condizioni sieno imposte con una particella congiuntiva (a), *puta*, *se la tale nave ritorni in Francia e se Paolo sia nominato al tale impiego*, esse debbono adempiersi tutte.

48. Ove la condizione venga apposta con una circostanza che le sia inerente, per esempio qualora siasi detto: *Se la tale nave arrivi a buon porto col tale capitano*, oppure: *Se Paolo venga nominato al tale impiego in seguito di concorso;* bisogna che la condizione si adempia colla circostanza preveduta; giacchè questa circostanza fa parte integrante della

(a) Quello che dicesi in questi due numeri 46 e 47 è uniforme al dettame delle leggi 102, ff. *de condit. et demonstr.*, 30 cod. *de fideicom.*, 110, § 3, ff. *de Regul. Jur.*, ed al § 11. Inst. *de ered. istit.* TRAD.

condizione; è pur essa in qualche modo una condizione secondaria.

49. Del resto in materia di condizioni come nelle altre materie (1), la disgiuntiva *o* si prende qualche volta nel senso della copulativa *e*. E *vice versa* la copulativa deve talune volte intendersi nel senso della disgiuntiva. Ma in ambedue i casi ciò avviene allorquando l'intenzione delle parti contraenti, e soprattutto di quella che appose la condizione, non potrebbe essere dubbiosa, secondo le circostanze della causa; imperocchè bisogna sempre ricorrere alla regola che le condizioni debbono essere adempite nella maniera che le parti hanno verisimilmente voluto ed inteso che lo fossero; art. 1175 c. c. = *1128 ll. cc.*

La disgiuntiva si prende per la congiuntiva nella specie seguente: *Dono a Paolo la mia casa; ma stipulo il dritto di riversione nel caso che egli morisse prima di me senza figli e senz' aver disposto della casa.* Egli è chiaro che secondo la mia intenzione la disgiuntiva *o* fu qui messa per la copulativa *e*; in conseguenza che il dritto di riversione non debbe aver luogo se non quando Paolo morisse senza figli, ed inoltre quando morisse senz'aver disposto della casa; in modo che quando anche morisse senza figli, non si farebbe luogo alla riversione se avesse disposto della casa; come in senso inverso neanche vi si farebbe luogo se Paolo avesse di-

(1) *V.* la l. 53, ff. *de verb. signif.*

sposto della casa, abbenchè fosse morto senza lasciar figli. Nulladimeno, giusta la clausola, essa doveva aver luogo nell' uno *o* nell' altro caso. Ma è chiaro che se l' esistenza de' figli non avesse dovuto nella mia mente ostare al dritto di riversione, era inutile il parlare di essi; bastava il dire che farebbesi luogo alla riversione nel caso in cui Paolo morisse senz' aver disposto della casa. *E vice versa* se il fatto solo che Paolo non lasciasse figli bastava nella mia mente per impedire la riversione, era inutile di parlare del caso in cui non avesse egli disposto della casa. Tal' è puranche il parere di Pothier (n.° 223), e la l. 6, Cod. *de institut. et substit.*, *princip.* somministra un forte argomento per risolverlo così. Nel caso preveduto e risoluto da questa legge la disgiuntiva *o* è chiaramente presa nel senso della congiuntiva *e*.

La congiuntiva al contrario si prende per la disgiuntiva quando stipulo per me *e* pei miei eredi (1); imperocchè egli è chiaro che con ciò non intendo che voi dobbiate fare la cosa per me, ed anche pe' miei eredi.

Vien presa puranche per la disgiuntiva nel caso dell' art. 1042 c. c. = *997 ll. cc.* (2), ove si dice

---

(1) *Conjunctionem enim nonnumquam pro disjunctione accipi, Labeo ait: ut in illa stipulatione*, MIHI HEREDIQUE MEO, TE HEREDEMQUE TUUM; l. 29, ff. *de verb. signif. V.* puranche le ll. 53 e 124 nel medesimo titolo.

(2) Ed in alcuni altri ancora, specialmente nell' art. 519 c. c. = *442 ll. cc. V.* tomo IV, n.° 22.

che il legato diviene caduco se la cosa sia perita dopo la morte del testatore senza fatto *e* colpa dell' erede, benchè costui sia stato costituito in mora per lo rilascio, quando la cosa sarebbe egualmente perita tra le mani del legatario. Bisogna intendere evidentemente, « senza fatto *o* colpa dell' erede (1); » diversamente vi sarebbe antinomia coll' art. 1245 c. c. = *1198 ll. cc.* il quale dice che il debitore di una cosa certa e determinata vien liberato consegnandola nello stato in cui si trova, purchè i deterioramenti sopravvenuti non derivino da suo fatto *o* da sua colpa, nè dalle persone di cui deve rispondere, e purchè non fosse in mora prima de' deterioramenti. Or la cosa può benissimo esser perita per fatto dell' erede, senza esservi stata tuttavolta colpa da sua parte. Il § 16 delle Instituta *de legatis* ci offre l' esempio di un caso simile, quello in cui un erede gravato del legato di uno schiavo, manomise questo schiavo ignorando il legato, o lo diede a qualcuno che lo manomise, ed egli non è liberato. Tuttavolta non puossegli ragionevolmente rimproverare alcuna colpa, anche la più lieve.

50. La condizione *se egli muoia senza figli*, SI SINE LIBERIS DECESSERIT, manca anche quando la persona non lasci che un figlio; ll. 148 e 149, ff. *de verb. signif.*

È ciò vero nei contratti del pari che nei testamenti.

---

(1) Tanto noi già dicemmo nel tomo IX, n.° 492 e seguenti.

51. Siffatta condizione nel dritto romano abbracciava puranche i figli naturali, cioè quelli che eransi avuti da una concubina, e che chiamavansi *liberi naturales* (1). Era questa tuttavolta una quistione d'intenzione, che risolveasi secondo lo stato e la dignità di chi avea disposto con simile condizione; l. 17, § 4, ff. *ad senatusc. Trebell.*

Giustiniano decise puranche colla l. 6, Cod. *de instit. et substit.*, che i figli naturali fossero compresi nella tacita condizione *si sine liberis decesserit;* che quindi quando un padre istituisse il proprio figlio suo erede sostituendogli un terzo, senza dichiarare che la sostituzione avrebbe effetto se il figlio morisse *sine liberis*, non solamente l'esistenza di uno o più figli legittimi a morte dell'istituito farebbe svanire la sostituzione, ma anche l'esistenza di uno o più figli naturali impedirebbe che vi si desse luogo, sino alla concorrenza tuttavia de' dritti attribuiti ai figli naturali sulla successione de' loro genitori.

Secondo l'art. 960 c. c. = *885 ll. cc.*, la nascita di un figlio naturale al donante che non avea figli legittimi al tempo della donazione, non basta per produrre la rivocazione; bisognerebbe a tal uopo che questo figlio fosse legittimato per susseguente matrimonio. Ma siccome, secondo la nostra opinione, i figli naturali legalmente riconosciuti, non ince-

(1) Che non bisogna confondere cogli *spurj, vulgo quæsiti, seu ex vaga venere nati.*

stuosi nè adulterini, hanno dritto ad una riserva sui beni de' loro genitori defunti (1), è vero il dire circa a quest' oggetto, che essi sono puranche compresi nella condizione tacita e legale *si sine liberis decesserit*, nel senso che i loro genitori non potettero disporre di tutti i loro beni se non sotto la condizione tacita che non lasciassero figli naturali legalmente riconosciuti i quali dimandassero ciocchè la legge accorda loro.

Avverrà ben di rado del resto che nel nostro dritto i figli naturali, abbenchè legalmente riconosciuti, sien compresi nella condizione *si sine liberis decesserit*, espressa nei testamenti o nei contratti; ma le circostanze particolari della causa potrebbero tuttavia far conoscere ai tribunali che l' intenzione delle parti o del disponente fu di comprenderveli.

52. Dicemmo che la regola generale in materia di condizioni è che debbono esse adempiersi secondo l' intenzione che verisimilmente avevano le parti al tempo del contratto; in conseguenza che quando la condizione abbia per oggetto un fatto personale del creditore, deve adempiersi da lui e non da altri, anche dal suo erede o dai suoi creditori; ma che quando il fatto fu risguardato in sè stesso anzichè per rapporto alla persona, tal fatto può eseguirsi anche da' suoi eredi, ed anche dai suoi creditori.

Così, quando in una transazione io dichiaro di rinun-

(1) *V.* tomo VI, n.° 309 e seguenti, e tomo VIII, n. 302 e 303.

ziare alla tale dimanda da me avanzata contra di voi, *se fra un anno mi pagherete dieci mila franchi*, non cade dubbio, se voi morite nell' anno, che i vostri eredi non possano validamente pagare la somma nel medesimo termine, per dare effetto alla transazione. Questa clausola contiene piuttosto un peso che una condizione propriamente detta, ed anche se vi siate effettivamente obbligato dal vostro canto a pagare la somma, se la cosa non fu lasciata a vostra libera volontà, come potè avvenire, giusta quanto da noi più sopra fu detto.

Nel dritto romano il legato fatto a Sempronio col peso o colla condizione di pagar cento all' erede (o ad un terzo), consideravasi come condizionale; in guisa che se Sempronio moriva prima di aver pagato i cento, il legato era caduco, ammenochè quegli a cui dovevansi pagare non gli avesse ricusati. Viemaggiormente il legato era condizionale allorchè la clausola era così conceputa: *Se egli paghi cento a Tizio* (1). Siccome queste condizioni erano potestative da parte di colui al quale venivano imposte (2), bisognava, perchè si riputassero adempite, che la persona avesse obbedito alla volontà del testatore, almeno per quanto da sè dipendeva. Ma, come il dicemmo trattando de' legati, tomo IX, n.° 296, 317

(1) *V.* specialmente su queste differenti clausole, le ll. 4, *princip.*; 13, 23, 44, § 8; 51, § 1; 54, § 1; 56, 62, § 1; 94 e 112, § 1; ff. *de condit. et demonst.*

(2) Queste specie di condizioni chiamavansi *promiscuæ*; l. 11, ff. *de condit. et demonst.*

e 326, il legato fatto a Paolo, *col peso* ed anche *colla condizione di pagar cento a Pietro*, non verrebbe generalmente considerato come condizionale nel nostro dritto; in conseguenza sarebbe trasmessibile agli eredi del legatario che fossero sopravvissuti al testatore, e che fossero morti prima di pagare i cento. Ciò posto, essi potrebbero, al pari dei creditori, dimandarne il rilascio pagando la somma. Si scorgerebbe in simili espressioni piuttosto un semplice *peso* che una *condizione* propriamente detta, giacchè giusta l'art. 1040 c. c. = *995 ll. cc.*, la sola intenzione del testatore rende condizionale il legato. Or tali clausole non dimostrano necessariamente, per quanto bisogna, di esservi stata la volontà che il legato non avesse effetto se non quando i cento a Pietro fossero pagati dal legatario medesimo. Vi sarebbe maggior dubbio se avesse detto: lego a Paolo *se paghi cento a Pietro*, perchè la particella *se* esprime meglio di ogni altra parola il senso condizionale. Nondimeno si dovrebbe ancora considerare quale potette essere la sua volontà, secondo le particolari circostanze della causa, e se potesse oppur no presumersi di non aver il legatario voluto accettare il legato, nel caso in cui fosse morto dopo un lunghissimo tempo dacchè ne ebbe conoscenza.

53. Generalmente le condizioni debbono adempiersi *indivisibiliter*, e non per parte (a); donde

(a) Si debbono adempire nella FORMA SPECIFICA: l. 44 e 55, ff. *de condit. et demonst.*; l. 77, § 1, ff. *ad Trebell.* Questo principio trovasi sviluppato nella decisione dei 21 novembre 1829 della nostra Su-

segue che se fu legata una cosa a qualcuno, *qualora dia cento all'erede* (o ad un terzo), il legatario non può, dando solamente la metà della somma, dimandare la metà della cosa legata (1).

Diverso sarebbe ove il legato fosse stato fatto congiuntamente a due persone sotto la condizione *se esse diano cento all' erede :* ciascuna di esse potrebbe, dando cinquanta, dimandare la sua parte nella cosa legata (2); e la parte del collegatario che non adempisse alla condizione si accrescerebbe a quella dell' altro, *sed sua conditione* (3), cioè col peso di pagare gli altri cinquanta.

La l. 112, § 1, ff. *de condit. et demonst.* ci somministra puranche l'esempio di un caso in cui la

---

prema Corte di Giustizia, emessa nella causa tra *Pistilli* e *de Nigris.* In effetti pendente la condizione, l'obbligazione è inefficace in quanto all' esercizio, ma non vi è luogo a penitenza: l. 42, ff. *de oblig. et act.*, e 57 ff. *de verb. obligat.* Però è da avvertirsi che, secondo le leggi 161 ff. *de reg. jur.* e 71 ff. *de condit. et demonstr.*, la condizione si ha per adempita quando la parte obbligata sotto la stessa abbia adoperati tutt' i mezzi per farne verificare l' adempimento, purchè dall' inadempimento non possa avvenir danno all'altra parte: *decisione dei 13 novembre 1819, e dei 20 gennaio 1824 nelle cause tra* Collice e Cozza, *e tra* Sorrentino e Schisani *della detta nostra Corte Suprema di Giustizia.*

Inoltre la condizione reputasi adempita quando colui al quale importa di eseguirsi ne impedisca l' adempimento, dappoichè, a norma della legge 39, ff. *de regul. jur., in omnibus caussis pro facto accipitur id, in quo per alium moræ sit, quominus fiat.*; maggiormente quante volte, ai termini della legge 24 ff. *de condit. et demonst.*, l' impedimento viene dalla persona, *cujus interest conditionem impleri.* Trad.

(1) L. 56, ff. *de condit. et demonst.*

(2) L. 44, § 8; l. 54, § 1, ff. *de condit. et demonst.*

(3) L. 54, § 1, innanzi citata.

condizione può essere adempita per parti ed in parte, abbenchè sia stata imposta alla medesima persona. Nella specie di questa legge, fù legato un fondo a Tizio *se desse cento a Sonforo ed a Gennaro:* essendo morto Sonforo prima del pagamento dei cento, il giureconsulto Scevola eleva il dubbio se il legato sia divenuto caduco, come se fosse stato fatto sotto la condizione che il legatario pagherebbe cinquanta a ciascuna delle due persone? Ma egli risolve, *benigna interpretatione* però, che se Sonforo sia morto prima che il legatario sia stato costituito in mora a pagargli la sua parte dei cento, il legato deve avere il suo effetto per la metà del fondo, a condizione che la metà della somma sarà pagata a Gennaro.

54. Pothier (n.° 215) applicando la regola che le condizioni debbono adempiersi *indivisibiliter*, e non per parte, dice che, se io abbia fatto con Paolo una transazione colla quale gli ho ceduto tutti i miei dritti e pretensioni sopra un dato immobile, *a condizione che mi pagasse 10,000 franchi in un determinato tempo*, e Paolo sia morto lasciando molti eredi, prima di aver pagato la somma, ciascun di essi non potrà eseguire la condizione per la sua parte ereditaria e dimandare che sia mantenuta o eseguita la transazione per questa parte; che essi dovranno accordarsi e pagare i 10,000 franchi nel medesimo tempo.

Egli si fonda sul motivo che nell'intenzione delle parti la condizione, abbenchè avente per oggetto una cosa divisibile, doveva nondimeno eseguirsi in

un modo indivisibile, del pari che spesso una obbligazione di cose divisibili deve, giusta l'intenzione de' contraenti, eseguirsi come se l'obbligazione fosse indivisibile; art. 1218 e 1221 c. c. = *1171 e 1174 ll. cc.*

Noi abbracciamo siffatta risoluzione pe' casi in cui l'intenzione delle parti non sarà dubbiosa a tal riguardo; ma non iscorgiamo perchè si risolverebbe così in modo generale piuttosto in una transazione che in una vendita o in qualunque altro contratto. Ci sembra che Pothier rese troppo generale la sua opinione; ed altronde prese come esempio di una condizione ciocchè non è che l'esempio di un prezzo o di un peso, cosa ben differente, poichè la condizione per massima deve adempiersi *in forma speciali et indivisibiliter*, mentre ad un peso o ad un prezzo generalmente si soddisfa benissimo *per æquipollens et divisibiliter.*

Si assimili l'abbandono de' dritti e pretensioni della parte sullo stabile in quistione ad una vendita propriamente detta di questo stabile; or da che uno degli eredi del compratore non pagasse la sua porzione del prezzo, sarebbe forse questa una ragione bastante perchè il venditore potesse, in virtù dall'art. 1654 c. c. = *1500 ll. cc.*, dimandare l'annullamento del contratto contra gli altri eredi i quali avessero soddisfatto o che offrissero di soddisfare la loro obbligazione a tal riguardo? noi sicuramente nol crediamo. Poco importa nel caso di vendita col patto di ricompra, se il venditore lasci molti eredi;

costoro debbono, se il compratore lo chiegga, accordarsi per riceversi l'intero, altrimenti non è ammessa la sua dimanda (art. 1669 e 1670 c. c. = *1515 e 1516 ll. cc.*, insiem combinati), giacchè il caso è ben differente: in questo il compratore ha comprato la intera cosa, e per conseguenza il suo contratto non deve scindersi ne' suoi effetti. Ma nulla di simile vien detto nel caso del venditore che non sia pagato da uno degli eredi quando il sia dagli altri: costoro non debbono soffrire pel fatto del loro coerede. In tal sistema infiniti contratti sarebbero esposti ad essere annullati. Indarno si direbbe che il venditore facendo annullar soltanto in parte il contratto, si troverà a tal modo in comunione contra la sua volontà, e che non può essere costretto ad adottare questo espediente (1): si risponderebbe che egli non vien costretto, poichè può far vendere la porzione di coloro che nol pagano.

55. Secondo Molineo (2), se il giudice abbia accordato una dilazione a molti eredi di un debitore, col peso o sotto la condizione di dar cauzione, coloro che abbiano soddisfatto alla condizione non godranno di siffatta dilazione, se fra gli eredi ve ne sieno alcuni che non l'abbiano adempita. La ragione sulla quale si fonda questo autore è che il creditore, nella specie, è la parte più favorevole, poichè egli solo soffre per una dilazione che non era stata convenuta col debitore.

(1) *V.* la legge *si non sortem*, 26, §§ 13 e 14, ff. *de condict. indeb.*
(2) *Tract. de dividuis et individ.*, § 3, n.° 534 *et seguent.*

Ma egli opina che se qualcuno degli eredi in vece di dar cauzione per la loro parte, l'abbiano pagata, gli altri debbano godere della dilazione accordata, offrendo cauzione, attesochè allora tutto è garantito.

E noi aggiungiamo che se coloro che prestarono cauzione per essi vogliano puranche darla pe' loro coeredi, i quali non vogliano o non possano offrirne alcuna, debbono eziandio godere della dilazione accordata, perchè in tal caso del pari che nel precedente l' intero credito si trova similmente garantito, e la condizione deve considerarsi come perfettamente adempita.

56. È regola invariabile, che colui il quale dimanda l' esecuzione di un' obbligazione deve provarla; come in senso inverso, chi pretende di esserne stato liberato deve giustificare il pagamento, o il fatto che ha prodotto l' estinzione della sua obbligazione; art. 1315 c. c. = *1269 ll. cc.* Per conseguenza il creditore sotto condizione sospensiva deve giustificare l' adempimento della sua condizione, poichè l' avveramento appunto di siffatta condizione lo rende in realtà creditore. *Vice versa*, chi pretende che una condizione risolutiva siasi verificata in suo favore, è similmente tenuto di giustificarlo, perchè egli è puranche attore riguardo a tale oggetto.

57. Le condizioni sono *positive* o *negative*, cioè concepute in vista del caso in cui il tale avvenimento accadrà oppur no.

Quando la condizione è positiva e con determi-

nazione di un tempo nel quale l'avvenimento deve succedere, è adempiuta se l'avvenimento sia successo nel termine stabilito, ed appena successe (art. 1176 c. c. = *1129 ll. cc.*); e la condizione è mancata tostochè trascorse il tempo senza che sia accaduto l' avvenimento *(ibid.)*, o anche prima, se l'avvenimento non possa più accadere; per esempio, se si tratti del ritorno di una nave in Francia nell' anno, e tale nave abbia naufragato prima che termini l' anno, la condizione è certamente mancata.

Se non vi è tempo determinato, la condizione può sempre adempirsi finchè l'avvenimento può accadere *(ibid.)*; e non si reputa mancata se non quando sia certo che non accadrà l' avvenimento; *ibid.*

Quando la condizione sia negativa e con determinazione di un tempo durante il quale l' avvenimento non deve accadere, essa resta adempita allorchè questo termine sia spirato senza che sia succeduto l' avvenimento (art. 1177 c. c. = *1130 ll. cc.*), o anche prima di spirare il termine, se sia certo che l' avvenimento non sarà per succedere; ed è mancata allorchè l' avvenimento sia accaduto nel tempo determinato.

Se non vi è tempo determinato, la condizione non si ha come verificata se non quando sia certo che l' avvenimento non sarà per succedere *(ibid.)*; ed è mancata quando l'avvenimento sia succeduto, qualunque sia l' epoca in cui abbia avuto luogo.

58. Quindi la *cauzione muziana* (1) non ha luogo nei contratti, quando anche la condizione fosse di tal natura da non potersi verificare se non al momento della morte del creditore; il quale non sarebbe ammesso a dimandare l'esecuzione dell'obbligazione offrendo cauzione che non farà la cosa: per esempio la condizione *se egli non vada a Roma*, senza determinare il tempo, non sarà verificata ed adempita che a sua morte. È come se avesse stipulato pe' suoi eredi. Passando il suo dritto a costoro, il motivo che fece stabilire questa cauzione non sussiste come nei testamenti, ove il dritto non può trasmettersi se non quando la condizione da cui dipende siasi verificata in vita del legatario, ed in cui questi non ne avrebbe goduto se non fosse stato ammesso a dimandare il legato, offrendo simile cauzione.

59. Subitochè si è verificata la condizione, può dimandarsi l' esecuzione dell' obbligazione, ammenochè non siasi apposto puranche un termine che non si trovasse ancora trascorso. E vi sarebbe al tempo stesso termine e condizione ove fosse detto: *Se la tale nave non ritorni in Francia tra cinque anni a contare da questo giorno,* ALLORA *vi pagherò 1,000 franchi.* La particella *allora* farebbe termine, in modo che quando anche prima de' cinque anni fosse divenuto certo che la nave sia perita, e

(1) *V.* quanto fu detto su tale cauzione, nel tomo IX, n.° 297, riguardo ai testamenti, in cui essa ha luogo ugualmente nel dritto francese.

per conseguenza che la condizione siasi verificata, la somma non potrebbe essere dimandata che scorsi i cinque anni. Noi ritorneremo su tal punto.

60. La condizione si ha per adempita quando il debitore obbligato sotto la stessa sia quegli che ne abbia impedito l'adempimento (a) (art. 1178 c. c. = *1131 ll. cc.*): *Quicumque sub conditione obligatus, curaverit ne conditio existeret, nihilominus obligatur;* l. 85, § 7, ff. *de verb. oblig.*

La l. 161, ff. *de regul. juris* ne fa una regola per le istituzioni di erede e pei legati, ad imitazione delle stipulazioni; e le ll. 24 e 81, § 1, ff. *de condit. et demonst.* contengono il medesimo principio.

Esso si applica alle condizioni risolutive del pari che alle sospensive.

Le leggi romane davano per esempio il caso in cui essendo stato fatto un legato a qualcuno sotto la condizione di pagare una determinata somma all'erede in un tempo stabilito, l'erede non avesse voluto riceverla (1); il caso puranche in cui essendo stata legata la libertà ad uno schiavo sotto la condizione di andare alla tale città, l'erede non avesse voluto permettergli di fare questo viaggio (2).

(a) Si osservi la nota precedente al n.° 53. Trad.

(1) L. 39, ff. *de regul. juris.*

(2) L. 3, § 3, *de statu liberis. V.* puranche esempj di casi in cui la condizione si reputa adempiuta, pel solo motivo che il debitore sia quegli il quale ne impedì l'adempimento, nelle leggi 13, ff. *de annuis legatis;* e 3, §§ 4 e 16, ff. *de statu liberis.*

Per la medesima ragione se io abbia con voi stipulato la tale cosa sotto la condizione che vi pagassi la tale somma in un determinato tempo, altrimenti la stipulazione si reputerebbe non avvenuta, la condizione non si avrà come mancata se voi ricusate la somma da me promessa, e che io vi offro intera.

61. Ma quando colui che è obbligato sotto una condizione non fece che usare del suo dritto, abbenchè avesse con ciò impedito che essa si verificasse, ciononostante non si ha per questo come adempita. Quindi dice il giureconsulto Paolo nella l. 58, ff. *de statu liberis: Non omne ab heredis persona interveniens impedimentum, statu libero pro expleta conditione cedit, sed id dumtaxat quod impediendæ libertatis factum est.* Da ciò emerge che qualora siasi legata la libertà ad uno schiavo sotto la condizione che pagherà dieci all' erede, questi impedendogli di andare a lavorare appresso altri a fin di lucrare di che pagar la somma, non vien considerato perciò di aver fatto mancare la condizione, attesochè usò soltanto del suo dritto chiedendo per sè tutto il lavoro dello schiavo.

Rinvengonsi esempj analoghi nella legge seguente, e nella l. 41, § 1, ff. *de fideicommis. libert.*

62. Quando un terzo col cui concorso doveva adempiersi la condizione non siasi voluto prestare al suo adempimento, allora convien distinguere se nell' intenzione de' contraenti o del disponente essa fosse semplicemente potestativa da parte del creditore,

legatario o donatario, oppure se fosse di natura mista, abbracciando in tal modo in sè qualche cosa di casuale che doveva verificarsi perchè l'atto avesse il suo effetto.

Nel primo caso devesi generalmente riguardare la condizione come adempita allorchè sia mancata soltanto pel rifiuto del terzo di concorrere al suo adempimento; ma allorchè fosse di natura mista, devesi riguardarla come mancata.

Puossi addur per esempio di un caso nel quale fosse semplicemente potestativa, quello in cui sia stato fatto a taluno un legato sotto la condizione o il peso di pagar 100 franchi a Paolo, e Paolo non voglia riceverli (1).

Tale sarebbe puranche il caso in cui fosse fatto un legato a qualcuno sotto la condizione o il peso d'innalzare una statua ad un dato personaggio nella tale città, e l'autorità pubblica non vi volesse acconsentire (2).

Per analogia di motivi la condizione si avrebbe puranche come adempita allorchè essendosi fatto un legato a taluno sotto la condizione di dare una data cosa all'erede, questa cosa fosse perita senza colpa del legatario e prima che fosse in mora a consegnarla (3); giacchè in tal caso puranche il legatario non sarebbe in colpa.

Finalmente puossi ancora addurre per esempio il

(1) L. 3, ff. *de condit. institutionum.*
(2) L. 14, ff. *de condit. et demonst.*
(3) L. 54, § 2, ff. *de legat.* 2.°

caso in cui sia stato fatto a taluno un legato, *se sposi Elisabetta*, ed Elisabetta ricusi di sposarlo (1).

63. Ma in simile specie le romane leggi distinguevano accuratamente tra il caso in cui il matrimonio non si fosse eseguito soltanto pel rifiuto del terzo o per effetto di una impossibilità legale, ed il caso in cui non erasi fatto per la morte o del legatario o del terzo. Nella prima ipotesi la condizione si considerava adempiuta (2), o rimessa come impossibile; nella seconda, la disposizione era caduca, come fatta sotto una condizione che era mancata (3). Nel primo caso non essendo mancata la condizione se non pel rifiuto del terzo, il legatario che aveva fatto tutto il possibile per ubbidire alla volontà del testatore, non doveva soffrire per tal rifiuto; nel secondo caso, l'avvenimento preveduto non erasi verificato, non importa qual ne fosse la causa. In altri termini, nel primo caso si considerava la condizione come potestativa, *promiscua*, ed in queste specie di condizioni generalmente si badava all'obbedienza che aveva mostrato l' erede istituito o il legatario per la volontà del testatore; mentrechè nel secondo caso risguardavasi la condizione come di natura mista, e per conseguenza come in sè contenente qualche cosa di casuale, da cui dipendeva la disposizione.

---

(1) L. 31, ff. *de condit. et demonst.* Pothier, n.° 214.

(2) *Dicta lege* 31.

(3) *Dicta lege* 31; e l. 4, Cod. *de insertis condit. tam legat. quam fideicomm.*

Secondo il Codice, ogni donazione per atto tra vivi fatta a favore del matrimonio è caduca se il matrimonio non segue (art. 1088 c. c. = *1043 ll. cc.*); ciocchè vuol dire che tutte le donazioni fatte a favore del matrimonio si reputano fatte sotto la condizione che il matrimonio avrà luogo: donde emerge che qualunque sia la causa che ne impedisca la conclusione, la donazione è caduca e rimane senza effetto, quando anche il donatario sposasse immediatamente una persona diversa da quella che il donante ebbe in mira allorchè fece la donazione (1). E Pothier (n.° 214), al par di noi opinando che la mancanza di adempimento di una condizione mista impedisce all'atto di ricevere il suo effetto, dice: « Se alcuno mi promise una determinata somma qualora io sposassi sua cugina, non credo che « la somma mi sarebbe dovuta se fossi pronto a sposarla, ed ella ricusasse; abbenchè se mi si fosse « fatto un legato sotto la tale condizione, la condizione si avrebbe per adempiuta; l. 51, ff. *de* « *condit. et demonst.* »

Ma nel caso di un legato fatto sotto la condizione di sposare la tale persona (2), la disposizione

(1) *V.* tomo IX, n.° 676.

(2) Condizione lecitissima secondo il Codice, abbenchè vigente la legge de' 5-12 settembre 1792, si sarebbe potuto riguardare come *contraria alla libertà di maritarsi colla tale o tal altra persona*, ed in conseguenza come riputata non iscritta nelle disposizioni testamentarie, ed anche nelle donazioni tra vivi, eccetto quelle fatte a favore di un matrimonio combinato. *V.* tomo VIII, num. 105, 124 ed altri della medesima sezione.

sarebbe mai nulla, come nel dritto romano, se la condizione mancasse per causa diversa dal rifiuto del terzo di acconsentire al matrimonio? Crediamo che si dovesse prendere in considerazione l' intenzione del disponente, e per estimarla, i termini dell'atto sarebbero di gran peso. Se fosse detto, per esempio, *col peso di sposare un tale* (o una tale), la condizione, a creder nostro, qualunque fosse la causa che impedisse il matrimonio, purchè non fosse la mancanza di volontà da parte del legatario, si avrebbe per adempiuta oppure si riguarderebbe come impossibile, ed in conseguenza si reputerebbe non iscritta, a' termini dell'art. 900 c. c. = *816 ll. cc.* Lo stesso dovrebbe essere se il testamento dichiarasse, *a condizione di sposare il tale* (o la tale); giacchè queste parole, *a condizione di sposare il tale*, sono sinonime delle altre, *col peso di sposare il tale.*

Ma se la clausola fosse così conceputa: *nel caso soltanto in cui contraesse matrimonio con Elisabetta*, o anche semplicemente, *a favore del matrimonio che contrarrà con Elisabetta*, opiniamo che il matrimonio sarebbe la condizione *sine qua non* della disposizione, e ciò posto, che la liberalità non avrebbe effetto se non quando esso fosse realmente contratto; nè si potrebbe reputare non iscritta la condizione come impossibile, abbenchè una delle due persone morisse immediatamente, o Elisabetta non volesse acconsentire al matrimonio. Ciò soprattutto sarebbe vero se la persona indicata fosse un prossi-

mo parente del donante o testatore, sua figlia o sua nipote, perchè tutto allora indurrebbe a credere che il matrimonio di tale persona fu la causa determinante della liberalità.

64. Nulladimeno questa regola, che nelle disposizioni di ultima volontà le condizioni potestative si reputano generalmente adempiute allorchè non dipese da colui al quale il defunto ha lasciato qualche cosa sotto una condizione di tal natura che essa non fosse eseguita, questa regola, diciamo, non deve, secondo Pothier, n.° 213, applicarsi alle condizioni di obblighi contratti con atti tra vivi, perchè non avvi la medesima ragione, essendo le ultime volontà più capaci di una interpetrazione favorevole, e per lo motivo medesimo più estesa.

Quindi, secondo questo autore, se alcuno siasi obbligato verso di me sotto la condizione che io affrancassi nell' anno corrente un dato Negro della mia abitazione nelle colonie, e questo Negro sia morto, anche prima di terminar l'anno, io non posso dimandare la somma, attesochè la condizione non si è verificata, e nei contratti allorchè avvi dubbio, l'interpetrazione deve farsi contra colui che ha stipulato, ed a favore di colui che si è obbligato; art. 1162 c. c. = *1115 ll. cc.* È sua colpa di non essersi meglio spiegato.

Puossi dir puranche che se l'obbligazione non ha altra causa che cotesta, essa si trova essere stata contratta per una causa che mancò del suo effetto; or secondo la l. 5, *princip.*, ff. *de condict. caus. da-*

ta ec., se io abbia dato una somma ad alcuno perchè facesse un viaggio per me, per esempio perchè andasse a rappresentarmi in un fallimento aperto nella tale città, e sia egli stato impedito di fare questo viaggio a causa di una malattia, posso richiedere ciocchè gli sborsai; viemaggiormente posso dispensarmi dal pagare la somma. E giusta il paragrafo ultimo della medesima legge, se io abbia dato a taluno una somma perchè manomettesse uno schiavo che gli apparteneva, e questo schiavo sia morto prima di essere manomesso, io posso per regola ripetere ciocchè pagai, perchè la causa per cui lo pagai mancò di effetto.

65. Nulladimeno crediamo che nelle donazioni tra vivi la condizione di cui si tratta sarebbe riputata adempita, come lo è nei testamenti; imperocchè la morte del Negro, avvenuta dopo la donazione, e prima che il donatario fosse in mora a fare la cosa, deve assimilarsi all' impossibilità che fosse già esistita al momento dell' atto; or, secondo l'art. 900 c. c. = *816 ll. cc.*, la condizione impossibile è riputata non iscritta tanto nelle donazioni che nei testamenti. Questo caso ed altri simili differiscono in fatti da quello in cui la condizione sia il matrimonio del donatario colla tale persona: in questo il matrimonio è la *causa* determinante della donazione, mentrechè negli altri la condizione è piuttosto un semplice peso. Del resto le parole della clausola vi potrebbero far iscorgere una condizione assoluta, *sine qua non*, ed allora sarebbe d' uopo che tal

condizione fosse adempita perchè la donazione avesse il suo effetto.

66. Nei contratti la condizione adempita ha un effetto retroattivo al giorno in cui fu stipulata l'obbligazione; in conseguenza se il creditore sia morto prima che si verifichi la condizione, le sue ragioni passano ai suoi eredi; art. 1179 c. c. = *1132 ll. cc.* (1).

La ragione è che noi contrattiamo per noi e pei nostri eredi del pari che per noi medesimi, ammenochè nell'atto non siasi espresso il contrario, o ciò non risulti dalla natura della convenzione (art. 1122 c. c. = *1076 ll. cc.*); or questo fine non si otterrebbe se la morte di chi stipulò sotto una condizione facesse svanire il dritto, o se si voglia, la speranza risultante dal contratto.

In vece che nelle disposizioni di ultima volontà, siccome il disponente non prese in considerazione che la persona da lui istituita o alla quale legò, e non gli eredi presuntivi di questa persona, che spesso neanche conosce, e tuttavolta non volle gratificarla se non sotto una condizione; ne segue che se essa muoia prima che tale condizione siasi in fatti verificata, la disposizione divien caduca (art. 1040 c. c. = *995 ll. cc.*) (2); imperocchè non avendo mai posseduto il dritto, questo non potè trasmettersi a'suoi

---

(1) *V.* il § 4, Instit. *de verb. oblig.*, e la l. 8, *princip.*, ff. *de periculo et commodo rei venditæ. V.* puranche la l. 78, ff. *de verb. oblig.*

(2) L. 59, ff. *de condit. et demonst.*, *V.* tomo IX, n.° 284 e seguenti, ove fu già spiegata la ragione di siffatta differenza.

eredi : non vi fu che una speranza la quale non si è verificata. Ma noi stipuliamo pe' nostri eredi questa medesima speranza.

67. Dalla regola che la condizione adempita ha un effetto retroattivo al giorno in cui fu contratta l'obbligazione (1), emerge che se si tratti di una condizione sospensiva, il dritto del creditore sarà considerato come pieno e perfetto dal momento che fu stipulato il contratto; e se si tratti di una condizione risolutiva, tal dritto verrà considerato di non essere mai sussistito; art. 1183 c. c.=*1136 ll. cc.*

Così, Paolo contrasse meco un'obbligazione sotto condizione sospensiva, con ipoteca, per la quale io presi immediatamente iscrizione; di poi, ma prima dell'adempimento della condizione, egli costituì ipoteche sopra i medesimi beni a vantaggio di altri creditori, ed in prosieguo si verificò la condizione: io avrei la proprietà sopra di essi, perchè sebbene non possa esservi ipoteca senza un'obbligazione principale, e nel tempo in cui io presi iscrizione il mio credito non esisteva ancora propriamente parlando, ma era soltanto una semplice speranza, nondimeno la retroattività dell'effetto della condizione adempita fa supporre che io sia creditore dal momento del contratto (2).

Egli è lo stesso se allorchè Paolo mi vendette o

(1) *V.* circa a tal punto quanto fu detto nel tomo IX, n.° 310 e seguenti, specialmente per sapere se nei legati la condizione adempita abbia similmente un effetto retroattivo, ed in qual senso.

(2) L. 11, § 1, ff. *qui potiores in pignore.*

legò un immobile sotto condizione sospensiva egli abbia dopo la vendita, ovvero il suo erede dopo la sua morte, costituito su questo immobile dritti di usufrutto, di servitù o d' ipoteca: se la condizione si verifichi, tutti questi dritti svaniranno in faccia al mio (1).

In senso inverso, se mai siasi fatta una vendita o una donazione sotto condizione risolutiva, tutti i pesi che il compratore o il donatario avesse imposto sui beni venduti o donati svanirebbero coll'adempimento della condizione, perchè essa rimette le cose nel medesimo modo come se non vi fosse stata vendita o donazione; art. 1183 c. c. = *1136 ll. cc.*

L' effetto è generalmente lo stesso, quantunque la condizione risolutiva non sia che tacita; art. 954, 963, 2182 ed altri c. c. = *879, 888 e 2076 ll. cc.*

68. Il creditore può, prima che siasi verificata la condizione, esercitare tutti gli atti che tendono a conservare il suo dritto (a); art. 1180 c. c. = *1133 ll. cc.*

---

(1) L. 12, § 2, ff. *familiæ erciscundæ.*

(a) Siccome per dritto romano lo stipulatore *sub conditione* a differenza del legatario, giusta i termini della legge 42 *in princ.* ff. *de O. et A.*, dicevasi anche creditore, egli avea pure, a norma delle leggi 6 *in princ.*, 7 § *si in diem, leg. pen.* in fin., ff. *quibus ex causis in posses. entur.*, la facoltà di chiedere misure conservatorie del suo dritto. Quindi Cuiacio (tom. 8. coment. ad l. 42, ff. *de O. et A., col. 373*) dice: *Denique legatarius conditionalis creditor non est; stipulator conditionalis creditor est. Et hac ratione solet etiam stipulator conditionalis mitt. in possessionem bonorum debitoris latitantis, vel exulantis, vel absentis, vel indefensi, crediti servandi causa, et quasi pi-*

Così, allorchè fu costituita un' ipoteca per sicurezza dell' obbligazione condizionale, il creditore può prendere iscrizione, abbenchè la condizione fosse sospensiva; e, come il dicemmo, se la condizione si verifichi, l' ipoteca non prenderà data dal dì soltanto in cui questa condizione si sarà adempita, ma dal dì in cui fu presa l' iscrizione.

69. Se il debitore cada in fallimento, come mai il creditore sotto condizione sospensiva conserva i suoi dritti? Nè l'art. 448 c. com.=*440 ll. ecc. com.*, nè alcun altro, prevede tal caso; esso dice semplicemente che l' apertura del fallimento rende esigibili i debiti passivi non iscaduti: tanto similmente dichiara l' art. 1188 c. c.=*1141 ll. cc.*; ed il primo di questi articoli soggiunge che per riguardo agli effetti di commercio pe' quali il fallito si trova essere uno degli obbligati, gli altri obbligati non sono tenuti se non a dar cauzione pel pagamento alla scadenza, se non vogliano piuttosto adempirvi immediatamente.

Ma, come si scorge, questa disposizione riguarda

---

gnoris vice. È però da avvertirsi che ordinariamente i mezzi di assicurazione sono l' iscrizione ipotecaria, l' interrompimento della prescrizione, la formazione dell'inventario e l' apposizione dei suggelli; dappoichè prima di verificarsi la condizione, non esiste la obbligazione, percui non puossi alterare lo stato materiale delle cose, in guisa che la proprietà ed il possesso della cosa controversa, fino all' avveramento della condizione, deve rimanere a colui presso del quale si trova, e distraendosi dal possessore, non puossi impugnare il contratto dal creditore, o dal proprietario condizionale, se non dopo l' avvenimento della condizione. Trad.

soltanto *i debiti non iscaduti*; ora le obbligazioni condizionali non sono debiti propriamente parlando, ma piuttosto semplici speranze di debiti, *tantum spes debitum iri* (1).

Il creditore condizionale deve forse essere ammesso alla distribuzione offrendo cauzione di conferire a favore degli altri nel caso che la condizione non si adempisse? oppure possono costoro escluderlo offrendogli cauzione che nel caso in cui la condizione si adempisse, essi gli faranno ragione di ciocchè gli sarebbe spettato nella massa comune da dividersi se il suo credito fosse stato puro e semplice? ovvero finalmente deve siffatta somma porsi in deposito? Imperocchè è chiaro che non può essere escluso nè ammesso puramente e semplicemente. Il primo modo debb' essere rigettato, come poco uniforme alla natura delle obbligazioni semplicemente condizionali; e riguardo agli altri due, crediamo che in caso di controversia dovrebbesi considerare la specie di condizione che fu apposta. Se essa fosse di natura tale da dover adempiersi o mancare in un tempo che non fosse molto lungo, converrebbe ordinare il deposito; nel caso contrario, gli altri creditori dovrebbero piuttosto essere ammessi a somministrare cauzione di conferire in massa.

Deve egli dirsi in simil modo nel caso in cui il debitore non commerciante divenga decotto: lo stato di decozione è, se non in tutti i casi, almeno ge-

(1) § 4, Instit. *de verb. oblig.*

neralmente, assimilato a quello del commerciante fallito. Vedremo sull' art. 1188 c. c. = *1141 ll. cc.* che gli autori del Codice ebbero l' intenzione di fare tale assimilazione per ciocchè concerne la esigibilità de' debiti non iscaduti. Or la ragione è assolutamente la stessa per ciocchè riguarda i debiti condizionali. Non sarebbe giusto infatti che il creditore il quale ha un dritto fosse escluso puramente e semplicemente dalla distribuzione del prodotto de' beni del debitore divenuto decotto, poichè la condizione può adempiersi, ed adempita che siasi ha un effetto retroattivo, ciocchè dimostrerebbe pienamente allora che egli doveva essere ammesso a partecipare alla distribuzione al pari degli altri.

70. Ma da quanto abbiamo detto, nè dalla regola che il creditore condizionale può fare tutti gli atti che tendono a conservare il suo dritto prima che siasi verificata la condizione, non emerge che possa fare indistintamente sequestri presso terzi o opposizioni fra le mani de' debitori dell' obbligato; imperocchè in questo modo impedirebbe al suo debitore eventuale soltanto di valersi de' di lui dritti. Tali sequestri potrebbero trovarsi senza fondamento, mentre può benissimo mancare la condizione, ed avrebbero essi cagionato un grave pregiudizio all'obbligato. Vie maggiormente non potrebbe fare pegnoramenti di mobili finchè non fosse verificata la condizione, giacchè secondo l' art. 551 c. pr.=*641 ll. pr. civ.*, non è permesso di procedere ad alcuna esecuzione sopra i beni mobili o immobili se non in

forza di un atto esecutorio, e per cose *liquide e certe:* or un debito condizionale non è in modo alcuno certo.

A tal riguardo crediamo che un primo sequestro o opposizione tra le mani di un terzo debitore dell' obbligato non caduto in fallimento o la cui decozione non sia comprovata, non debbe esser permesso al creditore sotto condizione sospensiva, quando anche la solvibilità dell' obbligato fosse allora dubbiosa; ma se vi sieno già altri sequestri o opposizioni fatti ad istanza di altri creditori, o pegnoramenti di mobili o d' immobili, e la solvibilità del debitore sia dubbiosa, non solo questi altri creditori non possono escludere puramente e semplicemente il creditore condizionale dalla distribuzione, ma eziandio il debitore stesso non può ottenere puramente e semplicemente di esser tolta l' opposizione da costui fatta; imperocchè non sarebbe giusto, tostochè la sua solvibilità è incerta, che il prodotto de' suoi beni fosse distribuito fra gli altri creditori istanti o opponenti, ad esclusione del creditore condizionale. Poichè vi sono pegnoramenti, non importa di quale specie, ed altronde non è dimostrata la solvibilità, nè cosa alcuna prova che tali pegnoramenti sieno l' effetto di una particolare circostanza in cui si trova posto il debitore, ne risulta presunzione d' insolvibilità o di decozione, ed allora si applica ciocchè pocanzi abbiam detto su questo caso.

71. Siccome la condizione sospensiva fa che non

vi sia ancora debito propriamente parlando finchè non siasi verificata, ed in conseguenza il creditore non può procedere contra il debitore, segue che la prescrizione non può cominciare a decorrere tra essi ed i loro eredi se non dal momento in cui si è verificata la condizione; art. 2257 c. c. = *2163 ll. cc.*

Ma, come più volte il dicemmo (1), la prescrizione può correre a vantaggio de' beni sui quali cade il dritto condizionale, quantunque la condizione non siasi ancora verificata; imperocchè il creditore può fare *tutti* gli atti conservatorj del suo dritto, ed in conseguenza interrompere la prescrizione. Altronde la legge permette ai terzi detentori di acquistare la proprietà de' beni con questo mezzo, senza distinguere, circa a colui al quale viene opposta, tra quelli che altro non avessero sopra questi beni se non un dritto sospeso da una condizione, o risolvibile in taluni casi, e quelli i quali vi hanno un dritto di proprietà puro e semplice; art. 2262 e 2265 c. c. = *2168 e 2171 ll. cc.* Non riprodurremo qui le ragioni che esponemmo su questo punto per provare che l' art. 2257 c. c. = *2163 ll. cc.* sia applicabile sol fra le parti contraenti e loro eredi, e non riguardo ai terzi detentori; per dimostrare che questo articolo dispone sopra *crediti* condizionali, il che non si riferisce in conseguenza se non alle parti che hanno formato questi crediti. Si può ricorrere a quanto fu detto a tal riguardo nel citato luogo.

---

(1) Nel tomo VIII, n.° 496, e nel tomo IX, n.° 307.

§ II.

Della condizione sospensiva e de' suoi effetti.

SOMMARIO.

72. *Testo dell' art. 1181 c. c.*

73. *Sua inesatta compilazione.*

74. *Nelle obbligazioni pure, la cosa è a rischio del creditore; nelle obbligazioni condizionali, essa è a rischio del debitore mentre che la condizione è in sospeso.*

75. *Testo dell' art. 1182 c. c.*

76. *Osservazioni sulla prima disposizione di questo articolo.*

77. *È lecito, mediante stipulazione, di porre la cosa a rischio del debitore mentrechè è in sospeso la condizione.*

78. *La perdita della cosa avvenuta dopo di essersi verificata la condizione, anche prima che siasi avuta conoscenza dell' avvenimento, è sopportata dal creditore.*

79. *Se la cosa promessa sotto condizione sia perita per colpa del debitore mentre che era in sospeso la condizione, egli ne è risponsabile, nel caso in cui si verifichi la condizione.*

80. *Caso nel quale essa siasi semplicemente deteriorata, o per colpa del debitore o senza sua colpa. Derogazione apportata alle antiche regole nell' ultima ipotesi, e, secondo l' autore, male a proposito.*

81. *Le medesime regole sono applicabili al contratto di permuta ed altri contratti sinallagmatici traslativi di proprietà.*

82. *I frutti riscossi mentre che è in sospeso la condizione rimangono al venditore o altro debitore della cosa.*

83. *Osservazioni intorno al possesso ed alla prescrizione della cosa promessa sotto condizione sospensiva.*

72. Nel paragrafo precedente abbiam parlato delle condizioni in generale: ora dobbiamo trattare della condizione sospensiva e della condizione risolutiva in particolare, e de' loro effetti.

Parleremo da principio della condizione sospensiva.

Secondo l'art. 1181 c. c. = *1134 ll. cc.*, « l'obbli-
« gazione contratta sotto una condizione sospensiva è
« quella che dipende o da un avvenimento futuro
« ed incerto, o da un avvenimento succeduto at-
« tualmente, ma non per anche noto alle parti.

« Nel primo caso non può eseguirsi l'obbligazio-
« ne se non dopo l'avvenimento.

« Nel secondo caso l'obbligazione ha il suo effetto
« dal giorno in cui è stata contratta. »

Nel primo caso parimenti essa ha il suo effetto dal giorno in cui fu contratta, poichè la condizione adempita ha un effetto retroattivo al giorno in cui fu contratta l'obbligazione (art. 1179 c. c. = *1132 ll. cc.*): soltanto l'obbligazione è in *sospeso* finchè sia successo l'avvenimento, e ciò appunto si volle dire con queste espressioni: « Nel primo « caso non può *eseguirsi* l'obbligazione se non dopo « l'avvenimento, » adoperando così e indebitamente la parola *eseguirsi* per esprimere l'effetto *sospeso*, come se fosse un'obbligazione semplicemente a termine, la quale differisce essenzialmente da un'obbligazione sotto condizione; art. 1185 c. c. = *1138 ll. cc.*

73. E come più sopra lo abbiamo detto, l'obbligazione non è effettivamente condizionale quando si fa dipendere da un avvenimento il quale fosse attualmente successo, quantunque non si conoscesse dalle parti; imperciocchè dilemma: o l'avvenimento è in realtà accaduto, ed in tal caso l'obbligazione non è sospesa ne' suoi *effetti*, ma solo n'è ri-

tardata *l'esecuzione* fino a tanto che siasi acquistata la certezza dell' avvenimento; ovvero l' avvenimento non è accaduto, ed allora non è stata sospesa alcuna obbligazione, poichè col fatto non poteva anche esservi qualsivoglia obbligazione. Donde noi abbiamo desunta la conseguenza che nel caso in cui l' avvenimento fosse già successo all' istante del contratto, la perdita della cosa promessa ed i deterioramenti sopraggiunti dopo la convenzione per caso fortuito, quantunque prima di essersi conosciuto l' avvenimento, non sarebbero a carico del debitore, come nel caso dell' obbligazione meramente condizionale (art. 1182 c. c.=*1135 ll. cc.*); ma, tranne convenzione in contrario, sarebbero a carico del creditore che ne dovrebbe pure il prezzo, se lo avesse promesso. Imperocchè l' obbligazione ha avuto il suo effetto dal giorno del contratto, ed in conseguenza sin da questo momento l' oggetto della convenzione è appartenuto al creditore, *et res perit domino*. L'*esecuzione* dell'obbligazione soltanto è stata sospesa in questo caso, come nella obbligazione a termine.

74. Così, nelle obbligazioni pure, a termine o senza termine, la cosa è a rischio del creditore, tranne stipulazione in contrario, anche nel senso che deve il prezzo, se mai sia stato stipulato; art. 1138 e 1302 c. c.=*1092 e 1256 ll. cc.* esaminati ed insiem combinati, § 3; Instit. *de empt. et vendit.* (1). In vece che nelle obbligazioni contratte

(1) *V.* tomo precedente, n.° 422.

sotto condizione sospensiva, seguonsi altre regole: se il corpo certo che forma l'oggetto dell'obbligazione perisca mentre è sospesa la condizione, quantunque senza colpa del debitore, la perdita vien sopportata da quest' ultimo, quando anche la condizione si verifichi di poi; e ciò, a malgrado la regola che la condizione adempita ha un effetto retroattivo al giorno in cui fu contratta l'obbligazione: imperocchè è necessario che al momento in cui si verifica la condizione, siavi una cosa che possa costituire l'obbligazione, poichè appunto a quest' epoca essa in realtà si contrae. Ecco ciocchè dispone a tal riguardo l'art. 1182 c. c.=*1135 ll. cc.*:

75. « Quando è stata contratta l'obbligazione sot-
« to una condizione sospensiva, la cosa che forma
« il soggetto della convenzione, rimane a rischio
« del debitore che non si è obbligato di consegnarla
« se non nel caso dell' evento della condizione.

« Se la cosa è interamente perita senza colpa del
« debitore, l'obbligazione è estinta.

« Se la cosa è deteriorata senza colpa del debi-
« tore, il creditore ha la scelta o di sciogliere l'ob-
« bligazione, o di esigere la cosa nello stato in cui
« si trova, senza diminuzione di prezzo.

« Se la cosa è deteriorata per colpa del debitore,
« il creditore ha il dritto o di sciogliere l'obbli-
« gazione, o di esigere la cosa nello stato in cui si
« trova, insieme coi danni ed interessi. »

Queste disposizioni danno luogo nondimeno a molte osservazioni.

76. Primieramente non è vero il dire in tutti i casi di obbligazioni contratte sotto condizione sospensiva, che la cosa la quale ne forma l' oggetto rimane a rischio del debitore: ciò è assolutamente vero soltanto nei contratti sinallagmatici o unilaterali a titolo oneroso. Così, allorchè io vi abbia donata la mia casa sotto la condizione, *se il tale bastimento ritorni in Francia entro l' anno*, e la casa siasi incendiata, essa perisce al certo per me debitore, se non si verifichi la condizione; ma se la condizione si verifichi, la casa perisce effettivamente per voi creditore.

Nelle vendite sotto condizione sospensiva se la cosa perisca, anche per caso fortuito, mentrechè è ancora sospesa la condizione, allora è vero il dire che perisce pel debitore il quale erasi obbligato a consegnarla sotto questa condizione, cioè pel venditore (1). Ciò non poteva esser dubbioso nella ipotesi in cui fosse mancata la condizione, giacchè allora non vi sarebbe stata vendita; ma di più è questa una regola certa, quantunque la condizione siasi verificata dopo la perdita della cosa, poichè in tal momento nulla più avvi che formi l' oggetto dell' obbligazione, ed in conseguenza l' evento della condizione diviene una cosa indifferente. La condizione adempita non può in tal caso avere effetto retroattivo, giacchè non può averne se non quando evvi un' obbligazione: or nella specie non ve n' ha,

(1) L. 8, *princip.* ff. *de periculo et commod. rei vendit.*; l. 4, Cod. *eod. tit.*

non essendovi cosa la quale ne formi l'oggetto o la materia (1). In conseguenza non è lecito al venditore di dimandare il prezzo, e neanche di ritenerlo, se gli fosse stato pagato, attesochè lo dimanderebbe o lo riterrebbe *sine causa*, o per una causa il cui effetto è mancato. E quando l'art. 1182 c. c. = *1135 ll. cc.* dice che l'obbligazione è estinta, non intende dire soltanto con ciò di essere estinta l'obbligazione di consegnare la cosa, giacchè lo sarebbe puranche nel caso in cui la cosa fosse perita per caso fortuito dopo l'adempimento della condizione, come lo sarebbe del pari se fosse stata contratta puramente e semplicemente; ma vuol dire che il contratto non ha effetto alcuno. Il prosieguo dell'articolo non lascia altronde alcun dubbio a tal riguardo.

77. Nondimeno se fosse detto nel contratto che la perdita della cosa avvenuta per caso fortuito mentre che sarà in sospeso la condizione, riguarderà il creditore o il compratore, si seguirebbe la legge del contratto (2); ed il venditore avrebbe dritto al prezzo se mai si verificasse la condizione. Devesi in tal caso supporre di essersi stabilito il prezzo coerentemente; giacchè le parti lo considerarono come l'equivalente del dritto del compratore pel caso in cui si verificasse la condizione, sia che la cosa esistesse allora oppur no.

Ma se, anche nel caso di questa stipulazione,

(1) *V.* Cuiacio su questa l. 8, in cui stabilisce chiaramente la medesima dottrina.

(2) L. 10, ff. *de periculo et commod. rei vend.*

non si verificasse la condizione, è chiaro che siccome non vi sarebbe vendita, non si dovrebbe il prezzo, e che se fosse stato pagato prima, potrebbe ripetersi: donde si vede che nella ipotesi di questa particolare stipulazione, e quando la cosa sia perita *pendente conditione*, importa molto al compratore che manchi la condizione con la quale venne fatta la vendita.

78. Se, tranne il caso della suddetta convenzione, la cosa sia perita dopo l' adempimento della condizione, allora perisce pel creditore, il quale non è meno obbligato di pagarne il prezzo se lo abbia promesso: torna ad imperare la regola generale. Ed importerebbe poco che al momento della perdita della cosa si sapesse oppur no di essersi verificata la condizione: *quæ per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint* (1).

79. Se la cosa sia perita per colpa del debitore mentre era in sospeso la condizione, e la condizione si verifichi di poi, egli è risponsabile della perdita, come se l'avesse fatta o lasciata perire dopo l'adempimento della condizione: deve in conseguenza i danni ed interessi, secondo ciò che si disse nel tomo precedente, parlando delle colpe di cui è risponsabile il debitore e de' danni ed interessi.

80. Ciò pel caso di perdita totale della cosa avve-

(1) § 4, Instit. *de verb. oblig.*

nuta mentre era in sospeso la condizione: vediamo ora quello in cui siasi semplicemente deteriorata.

Se per colpa del debitore, l' art. 1182 c. c. = *1135 ll. cc.* dà al creditore la scelta di sciogliere l' obbligazione, o di esigere la cosa nello stato in cui si trova, insieme coi danni ed interessi. Ciò è ragionevole ed uniforme alle regole del dritto; ma il medesimo articolo, nel caso in cui la cosa siasi deteriorata senza colpa del debitore (e mentre è in sospeso la condizione), accorda pure al creditore il dritto di sciogliere l' obbligazione o di farsi rilasciar lo cosa, nondimeno senza diminuzione del prezzo. Accordando così al creditore, e perciò al compratore (art. 1624 c. c. = *1470 ll. cc.*), il dritto di far sciogliere la vendita in questo caso, il Codice civile derogò alle antiche regole, e, diciamolo, alle vere regole; imperocchè se la cosa avesse ricevuto accrescimento, il compratore ne avrebbe profittato: perchè dunque non sopporta egli la diminuzione? Qual differenza doveva esservi ragionevolmente, circa a tal punto, tra il caso di vendita sotto condizione sospensiva la quale si è verificata, ed il caso di vendita fatta con un termine per lo rilascio? Niuna al certo, poichè la condizione adempita ha un effetto retroattivo al giorno dell' obbligazione. Allorchè la cosa sia perita *pendente conditione*, ben si comprende il motivo che indusse il legislatore, e nel dritto romano e nel francese, a dichiarare di essere estinta l' obbligazione, o per dir meglio, di non esservi stata menomamente obbligazione; imper-

ciocchè non ve ne può sussistere senza un oggetto, ed all' istante in cui l' adempimento della condizione mandasse ad effetto l' obbligazione, la quale sino allora altro non era che una semplice speranza, quest' oggetto non più sussiste. Ma non può dirsi lo stesso allorchè l' oggetto dell' obbligazione esiste tuttavia, quantunque sia deteriorato, poichè una cosa deteriorata può ancora costituire una vendita: allora la regola *quem sequuntur commoda, eundem sequi debent incommoda*, richiedeva che le deteriorazioni sopraggiunte per caso fortuito e prima che il debitore fosse in mora venissero sopportate dal compratore, e perciò che costui non avesse il dritto di sciogliere il contratto, e di fare in tal modo sopportare queste medesime deteriorazioni al venditore. Quindi nel dritto romano, seguito in questi punti dalla nostra antica giurisprudenza, non era lecito al compratore di domandare lo scioglimento del contratto. La l. 8, *princip.*, ff. *de periculo et comm. rei vend.*, la quale merita di essere qui riferita, lo dichiara positivamente così. Il giureconsulto Paolo, autore di siffatta legge, dice da prima che importa il conoscere quando sia perfetta la vendita, giacchè si sa allora che i casi fortuiti si debbono sopportare dal compratore; e ciò appunto avviene allorchè si sa quel che fu venduto, nonchè il prezzo, e quando la vendita inoltre sia fatta puramente, e non sotto condizione (1).

(1) L. 7, ff. *de contrah. empt.*

Egli continua e dice: *quod si sub conditione res venierit, si quidem defecerit conditio, nulla est emptio, sicuti nec stipulatio* (è questa l' applicazione del dritto comune) (1): *quod si extiterit, Proculus et Octavenus emptoris esse periculum aiunt. Idem Pomponius lib. IX probat.* (Ciocchè devesi intendere del caso in cui la cosa sia perita dopo l'adempimento della condizione, come altronde lo dimostra quanto segue.) *Quod si pendente conditione emptor vel venditor decesserit, constat, si extiterit conditio, heredes quoque obligatos esse, quasi jam contracta emptione in præteritum* (è questa puranche la disposizione dell'art. 1179 c. c. = *1132 ll. cc.*) *Quod si pendente conditione res tradita sit, emptor non poterit eam usucapere pro emptore, et quod pretii solutum est repetitur, et fructus medii temporis venditoris sunt* (2). *Sicuti stipulationes et legata conditionalia perimuntur, si pendente conditione res extincta fuerit:* SANE SI EXTET RES, LICET DETERIOR EFFECTA, POTEST DICI ESSE DAMNUM EMPTORIS.

Quindi la deteriorazione della cosa venduta, sopraggiunta *pendente conditione*, riguardava il compratore, lungi che costui avesse il dritto di far scio-

(1) L. 37, ff. *eodem tit.*

(2) Noi seguiamo la lezione delle *Pandette fiorentine*; ma, dice Cuiacio su questa legge, negli altri esemplari dopo queste parole si leggono le seguenti, che esprimono più chiaramente la dottrina del giureconsulto: *Jam si pendente conditione res perierit, perimitur emptio, sicuti stipulatio*, ec.

gliere la vendita (1); ed il Codice civile dichiara il contrario, senza che vi fossero nondimeno motivi bastanti di allontanarsi in questo punto dalle antiche regole. Ma siccome la legge va intesa in senso ragionevole, deve dirsi che se le deteriorazioni fossero di poca importanza per riguardo al valore totale delle cose del contratto, per esempio, una piccola parte di terreno tolta ad un campo da un'alluvione, il compratore non avrebbe questo dritto: egli non dovrebbe anche aver quello di dimandare una diminuzione del prezzo, poichè avrebbe ben profittato dell'alluvione, se ve ne fosse stata.

81. Tuttociò che precede è applicabile puranche ai casi di permuta o altri contratti sinallagmatici traslativi di proprietà: l'art. 1707 c. c. = *1553 ll. cc.* sottopone il contratto di permuta alle regole generali della vendita.

82. Nelle vendite pure e semplici, il compratore ha dritto ai frutti della cosa venduta, dal giorno della vendita (art. 1614 c. c. = *1460 ll. cc.*); ma da un'altra banda deve gl'interessi del prezzo (art. 1652 c. c. = *1498 ll. cc.*); il tutto tranne convenzione in contrario. Nelle vendite o altri contratti fatti sotto condizione sospensiva, siccome non avvi effettivamente vendita se non dal giorno in cui si verifica la condizione, i frutti raccolti sino a quel tempo dal venditore gli rimangono, non ostante l'effetto retroattivo della condizione adempita: que-

(1) *V.* Cuiacio su questa legge, il quale ne spiega tutte le disposizioni con la sua solita chiarezza.

sto effetto non estendesi ai frutti. La sopra citata legge romana dispone eziandio, come si è pocanzi veduto, che quantunque il compratore fosse stato messo in possesso, non sarebbe suoi i frutti *medii temporis*.

Cuiacio nel suo comentario su questa legge dichiara tuttavolta, ma nondimeno in qualche modo esitando, che i frutti raccolti dal venditore anche prima di essersi verificata la condizione appartengono al compratore, non nel caso in cui la cosa sia perita *pendente conditione*, perchè allora non avvi vendita, ma nel caso che siasi deteriorata. Egli adduce per motivo di esser giusto che i prodotti appartengano al compratore, attesochè i deterioramenti lo riguardano; e cita in sostegno del parer suo la l. 13, Cod. *de act. empti et venditi.*

Ma da una parte questa legge non dispone sul caso di una vendita fatta sotto condizione; o almeno niuna cosa l' indica; ma dice semplicemente: *Fructus post perfectum jure contractum, emptoris spectare personam convenit, ad quam et functionum gravamen pertinet. Venditor quoque pretium tantum, ac si mora intercessisse probetur, usuras officio judicis exigere potest;* e si conviene che nelle vendite pure e semplici i frutti appartengono al compratore dal giorno che si è perfezionata la vendita: è questa l' espressa disposizione del succitato art. 1614 c. c.= *1460 ll. cc.* Ma la vendita fatta sotto condizione sospensiva non è *jure perfecta* finchè non siasi verificata la condizione: poco importa che la condizione adem-

pita abbia un effetto retroattivo; imperocchè pei frutti, chi aveva qualità per raccoglierli deve farli suoi: or sino all' adempimento della condizione, era il venditore, poichè sino allora non eravi ancora vendita perfetta. Altronde se i deterioramenti nel dritto romano riguardavano il compratore, la perdita totale riguardava il venditore.

In secondo luogo, mettendo il Codice civile effettivamente a carico del venditore le deteriorazioni sopraggiunte per caso fortuito, dando al compratore il dritto di sciogliere il contratto, il motivo che determinava Cuiacio ad attribuire a quest' ultimo i frutti raccolti *pendente conditione* vuol precisamente che essi appartengano oggidì al venditore, il quale non avrà dritto agl' interessi del prezzo se non dal giorno che si verifica la condizione, nel qual momento comincerà pel compratore l' acquisto dei frutti; il tutto salvo stipulazione in contrario.

83. Nel caso in cui la cosa venduta, donata o legata sotto condizione sospensiva appartenesse ad un terzo, il venditore, il donante o l' erede gravato del legato continua a prescrivere mentre ch' è sospesa la condizione, se nondimeno la legge non osti alla prescrizione, attesa la qualità del loro possesso, o per altra causa. Ma dopo l' adempimento della condizione, il compratore, il donatario o il legatario può unire al proprio possesso quello del suo autore, nel caso in cui quello di quest' ultimo non fosse bastato a compiere la prescrizione (art. 2235 c. c. = *2141 ll. cc.*), ed ammettendo che fosse altronde idoneo ad effetto di prescrivere.

E se per ragioni particolari il compratore o il donatario sotto condizione sopensiva fosse stato posto in possesso del fondo appartenente ad un terzo, prima di essersi verificata la condizione, il che suppone la legge 8, ff. *de periculo et commodo rei venditæ*, egli non prescriverebbe a titolo *pro emptore* finchè non si verificasse la condizione, *quia nondum est vera venditio* (1). In conseguenza se fosse convenuto in giudizio *pendente conditione*, non potrebbe opporre la prescrizione di dieci e venti anni, che richiede un giusto titolo (art. 2265 c. c. =2171 *ll. cc.*), quantunque il tempo richiesto per questa prescrizione fosse scorso dopo il suo possesso. Ma se fosse convenuto dopo l'adempimento della condizione, siccome la condizione adempita ha un effetto retroattivo al giorno del contratto, ci sembra uniforme alle regole ch' egli potesse opporre questa medesima prescrizione, se avesse posseduto pel tempo sufficiente a tal effetto. Del resto *pendente conditione* egli possiede pel venditore o pel donante, e se il terzo proprietario proceda per rivendicazione prima che siasi verificata la condizione, siffatto possesso serve a questi ultimi, ove possano anch' essi prescrivere sia con dieci e venti anni, sia con trenta soltanto; e se il donatario o il compratore sia convenuto in giudizio dopo l'adempimento della condizione, allora, quando anche si dovesse considerare questo medesimo possesso come essendo quello del venditore o del compratore, ed

(1) *Dicta lege* 8, ff. *de pericul. et commod.*; l. 4, ff. *de in diem addict.*; l. 2, § 2, ff. *pro emptore*. Cuiacio su questa l. 8.

esercitato per organo suo, non si potrebbe contrastargli il dritto d' invocarlo, in conformità dell'art. 2235 c. c. = *2141 ll. cc.*, ammettendo nondimeno, come poc' anzi si è detto, che il suo autore avesse qualità per prescrivere.

§ III.

Della condizione risolutiva e de' suoi effetti.

SOMMARIO.

84. *L' effetto della condizione risolutiva è di rimettere le cose nel medesimo stato in cui erano prima del contratto: testo dell' art. 1183 c. c.*

85. *Allorchè la condizione risolutiva sia espressa, e si verifichi, il contratto viene annullato di pieno dritto: conseguenze.*

86. *Che mai debba risolversi circa alle spese legittime del contratto.*

87. *La condizione risolutiva è sempre sottintesa nelle convenzioni sinallagmatiche, pel caso in cui una delle parti non adempisse alla sua obbligazione.*

88. *In questo caso lo scioglimento deve dimandarsi in giudizio.*

89. *Ciò non è di rigore allorchè la legge medesima abbia preveduto un caso che dia luogo a questo scioglimento, e che si è verificato.*

90. *Dello scioglimento nelle donazioni e nelle vendite per inesecuzione degli obblighi di una delle parti.*

91. *Per chi perisce la cosa alienata sotto condizione risolutiva, allorchè perisca* pendente conditione.

92. *Ogni aggiudicazione preparatoria si reputa fatta sotto condizione sospensiva: l' aggiudicazione diffinitiva, nel caso di spropriazione forzata, si reputa fatta sotto condizione risolutiva, in ragione della facoltà che hanno i terzi di sopraimporre il quarto entro otto giorni. La sopraimposta ipotecaria è un' offerta di comprare fatta sotto condizione sospensiva.*

93. *Un contratto può esser fatto nel tempo stesso sotto condizione sospensiva e sotto condizione risolutiva: conseguenze.*

94. *Osservazioni circa ai frutti raccolti in virtù di un contratto*

annullato per effetto di condizione risolutiva espressa o sottointesa, o preveduta dalla legge.

95. *Effetti dello scioglimento riguardo ai terzi.*

84. A differenza della condizione sospensiva, che sospende l'effetto della obbligazione, la condizione risolutiva ne opera soltanto la rivocazione, se si verifichi; e nettampoco sospende per sè stessa l'esecuzione dell'obbligazione: un termine convenuto espressamente o tacitamente sarebbe quello che sospenderebbe tale esecuzione.

« La condizione risolutiva, dice l'art. 1183 c.
« c. = *1136 ll. cc.*, è quella che verificandosi pro-
« duce la rivocazione dell'obbligazione, e rimette
« le cose nel medesimo stato come se l'obbliga-
« zione non si fosse contratta.

« Questa condizione non sospende l'esecuzione del-
« la obbligazione: essa obbliga soltanto il creditore a
« restituire ciocchè ha ricevuto nel caso che l'avve-
« nimento preveduto colla condizione abbia luogo. »

85. Se trattisi di una vendita, di una permuta, di una donazione, o di qualsivoglia altro contratto, fatto sotto la condizione, per esempio, *che il contratto sarà sciolto se la tale nave ritorni in Francia entro l'anno*, ed effettivamente la nave sia ritornata in Francia nel termine stabilito, il contratto è annullato di pieno dritto; in conseguenza le cose debbono restituirsi, ed il prezzo, se siasi pagato, rimborsarsi (a).

—

(a) Secondo il linguaggio del dritto romano, *unusquisque integrum*

86. Circa alle spese legittime del contratto, esse rimangono a carico di chi dovè sopportarle, secondo la natura dell' atto, tranne convenzione in contrario. Nondimeno nel caso di vendita con facoltà di ricompra, vendita fatta per questo medesimo motivo sotto condizione risolutiva potestativa da parte del venditore, deve costui, se eserciti la ricompra, rimborsare al compratore queste legittime spese; art. 1673 c. c. = *1519 ll. cc.* Ma non vediamo che la

---

jus suum recipit., l. 24, § 4, ff. *de minorib.*; altrimenti si verificherebbe il grave assurdo, che, a cagion di esempio, lo stesso venditore riterrebbe *rem et pretium*, secondo l'espressioni della legge 11, ff. *de act. vend.* In oltre l' alienazione rimarrebbe risoluta e distrutta nell' interesse del venditore, che riprende il dominio dei beni venduti, e ciò non ostante resterebbe fermo il contratto a danno del compratore. Qui trattasi però del caso in cui siasi verificata la condizione risolutiva tacita e dichiarata da un giudicato, che rescisse il contratto, o in cui abbia avuto luogo la rescissione per effetto di una condizione risolutiva espressamente convenuta; dappoichè sino all' avveramento di tal condizione la convenzione deve eseguirsi. In effetti la parte osservante può nella condizione risolutiva tacita contra la parte inadempiente, a norma dell' art. 1137 delle leggi civili, e delle leggi 3 e 4, § 2, ff. *l. commes.*, scegliere o la esecuzione, o la risoluzione; e per conseguenza sceltasi la risoluzione, non si può anche cumulare l'esecuzione, insegnando il Voet, in conformità dei principj racchiusi nelle leggi 3, § 21, ff. *de pecul.*, 7, § 8, ff. *de legat.* 2.°: *cavendum tamen, ne tales actiones cumulantur, quæ sibi invicem contrariæ sunt, quarumque una subvertit alteram, aut in quarum una sententia absolutoria perimeret alteram*; lib. 2, tit. 13, *de edendo* n.° 14. Sarebbe in vero una mostruosità legale l' ammettersi nella stessa persona, e riguardo al medesimo fondo, un dritto contemporaneo di credito, ipoteca e dominio, che sono tra loro per principj elementari affatto diversi e ripugnanti. *Neque pignus, neque depositum, neque locatio-conductio, rei suæ consistere potest:* l. 45, ff. *de regul. jur.* TRAD.

legge stabilisca lo stesso nel caso di donazioni rivocate anche per sopravvegnenza di figli (il che è una condizione risolutiva tacita e legale). Per la medesima ragione nei casi di condizione risolutiva espressa, casuale o mista, non vi è luogo al rimborso di queste spese, poichè la parte che riacquista la proprietà della sua cosa non ne profitta, ed il contratto non è sciolto per effetto della sua sola volontà, come nel caso di ricompra, ma per effetto di una causa speciale, di cui l' altra parte dovè ponderare in faccia ad essa tutte le conseguenze. Per lo che nel caso di scioglimento per effetto d'inadempimento delle obbligazioni di una delle parti, questa parte deve render l' altra perfettamente indenne di tutte le somme che ha erogate, divenute in tal modo inutili per essa.

87. Vedremo tra poco che debbe dirsi circa ai frutti raccolti prima dello scioglimento del contratto, o che la condizione risolutiva fosse espressa, o che fosse soltanto sottointesa, cioè pel caso in cui una parte non adempisse alle sue obbligazioni, condizione il cui effetto vien regolato dall' art. 1184 c. c. = *1137 ll. cc.*, così espresso:

« La condizione risolutiva è sempre sottointesa nei « contratti sinallagmatici, nel caso che una delle « parti non soddisfaccia alla sua obbligazione.

« In tal caso il contratto non è sciolto *ipso jure*. « La parte verso cui non si è eseguita l'obbliga- « zione, ha la scelta o di costringere l'altra all'a- « dempimento della convenzione, quando ciò sia

« possibile, o di dimandarne lo scioglimento insie-
« me coi danni ed interessi.

« La risoluzione della convenzione dee dimandarsi
« giudizialmente, e può accordarsi al convenuto una
« dilazione secondo le circostanze. »

88. Quindi circa al modo con cui si opera lo scioglimento, il Codice distingue tra il caso in cui la condizione risolutiva sia espressa ed il caso nel quale sia soltanto sottointesa dalle parti. Nella prima ipotesi il contratto è sciolto di pieno dritto; nella seconda, lo scioglimento deve dimandarsi in giudizio. Ma in generale nell'uno e nell'altro caso gli effetti principali insiti allo scioglimento saranno gli stessi: gli atti fatti sui beni a favore de' terzi dalla parte contro la quale avviene lo scioglimento, svaniranno per effetto anche di tale scioglimento, attesochè questa parte non potè altrui trasmettere maggiori diritti di quelli che per sè stessa aveva.

89. Importa tuttavolta di osservare che quando la legge medesima, con particolare disposizione, stabilì lo scioglimento di un contratto con una specie di contravvenzione preveduta, la condizione risolutiva deve allora considerarsi come se fosse stata espressamente stipulata dalle parti e scritta da esse nel loro contratto; in questo caso la causa non è regolata dall'art. 1184 c. c. = *1137 ll. cc.*, in quanto che esso richiede che lo scioglimento sia dimandato in giudizio, e l'altra parte può procedere per via di precetto e di esecuzione, o di coazione, se abbia altronde un titolo *parato* o esecutivo. La Corte

di Digione, e di poi quella di cassazione con arresto di rigetto (1) applicarono questa regola in espresso modo nel caso preveduto dall' art. 1912 c. c. = *1784 ll. cc.* pel rimborso forzato del capitale di una rendita, per non essersi somministrate le annualità arretrate in due anni. Viemaggiormente dev' esser così allorchè la legge pronuncii essa medesima lo scioglimento di pieno dritto, in caso di un dato avvenimento da essa preveduto, come in materia di donazione rivocata per sopravvegnenza di figli; art. 960 c. c.=*885 ll. cc.*

90. Ma allorchè la condizione risolutiva tacita si trovi soltanto nell'intenzione delle parti, ed altro non sia che l' effetto della disposizione generale della legge, allora lo scioglimento deve dimandarsi in giudizio; attesochè avvi luogo ad esaminare se effettivamente le obbligazioni non sieno state adempite, e se non vi sia luogo ad accordare alla parte una dilazione per adempierla. La rivocazione delle donazioni per inadempimento delle condizioni che vi sono state apposte, o per meglio dire de' pesi appostivi, deve dimandarsi giudiziariamente (art. 954 c. c. = *879 ll. cc.*); mentrechè nel caso di sopravvegnenza di figli, la rivocazione ha luogo di pieno dritto (art. 960 c. c. = *885 ll. cc.*): la legge medesima sta qui in vece di convenzione espressa delle parti a tal riguardo. Avvien lo stesso della donazione fatta con patto di riversione in caso di premo-

(1) *V.* in *Sirey*, tomo XIII, part. 1, pag. 597 e seguenti, le decisioni del 21 luglio 1819 e 4 novembre 1812.

rienza del donatario, o del donatario e sua prole; art. 951 e 952 c. c. = *876 e 877 ll. cc.* Peraltro la vendita al contrario non è sciolta di pieno dritto per la sola mancanza di pagamento del prezzo nelle epoche stabilite; ma avvi soltanto luogo ad un'azione o dimanda per iscioglimento del contratto, ed il magistrato può anche accordare moderate dilazioni se il venditore non sia in pericolo di perdere la cosa ed il prezzo; art. 1654 e 1655 c. c. = *1500 e 1501 ll. cc.* E quantunque la condizione risolutiva sia stata espressamente stipulata nel contratto, pel caso in cui il compratore non pagasse il prezzo nel termine convenuto, pur tuttavolta questo scioglimento non ha luogo di pieno dritto, ma ha bisogno di essere pronunciato in giudizio, quando si tratti d'immobili, ed il compratore può eziandio pagare finchè non sia stato posto in mora con una intimazione; però dopo questa il giudice non può accordargli alcuna dilazione; art. 1656 c. c. = *1502 ll. cc.* Nel dritto romano questa stipulazione operava lo scioglimento *ipso facto*; nella nostra antica giurisprudenza la clausola veniva riguardata come comminatoria: bisognava che lo scioglimento fosse dimandato in giudizio, ed il magistrato poteva anche accordar dilazioni al compratore. Non lo potrebbe oggidì, ed in ciò ci siamo ravvicinati al dritto romano; ma ce ne siamo allontanati in quanto che il compratore può eziandio pagare dopo essere trascorso il termine stabilito, finchè non sia stato posto in mora con una intimazione; *ibid.* Nondimeno

trattandosi di vendita di derrate e di cose mobili, lo scioglimento della vendita ha luogo *ipso jure* e senza intimazione a pro del venditore, spirato il termine stabilito per la tradizione; art. 1657 c. c. = *1503 ll. cc.* Del resto esamineremo più estesamente queste disposizioni quando si tratterà *della vendita.*

91. Ritorniamo al caso in cui la condizione risolutiva sia espressa, e vediamo per quale delle due parti perisce la cosa, se perisca per caso fortuito mentre è ancora in sospeso la condizione, e quando non siavi nel contratto alcuna clausola che ponga i casi fortuiti a carico dell' una o dell' altra; imperocchè se vi fosse una simile clausola, dovrebbe essere eseguita.

Il Codice che prevede il caso di perdita della cosa, nelle obbligazioni contratte sotto condizioni sospensive (art. 1182 c. c. = *1135 ll. cc.*), tace a tal riguardo nelle obbligazioni contratte sotto condizioni risolutive, e purtuttavolta questo punto meritava tanto più di essere risoluto dalla legge, in quanto che è alquanto dubbioso, come tra poco si vedrà.

È chiaro che se la condizione risolutiva non si verifichi, la cosa perisce pel compratore, o pel permutante a cui fu data in contracambio, poichè il contratto non è sciolto; è dunque questo il caso di dire *res perit domino.*

Perirebbe anche pel donatario, il quale a parer nostro non sarebbe meno obbligato di adempiere i pesi impostigli, tranne se dalle parole del contratto risultasse di aversi riservata la facoltà di liberarsene.

rinunciando alla donazione, il che non si presumerebbe nel dritto attuale (1).

Se l' oggetto del contratto perisca dopo l' adempimento della condizione risolutiva, neppure può esservi dubbio: essendo rimesse le cose nel medesimo stato che se non vi fosse intervenuto contratto alcuno, si applicherebbe anche la regola *res perit domino.*

Adunque non può esservi dubbio se non sul caso in cui la cosa sia da principio perita, per forza irresistibile, dopo il contratto fatto sotto condizione risolutiva, e siasi di poi verificata la condizione. Per esempio, vi vendo la mia casa mediante venti mila franchi, ma dichiaro nel contratto che se mio nipote, a cui la destinava, ritorni in Francia fra due anni a contar da questo giorno, la vendita sarà sciolta (o non vi sarà vendita); la casa perisce per caso fortuito, e la condizione si verifica di poi: deve forse restituirvisi il prezzo nel caso in cui l' aveste pagato, e non posso io dimandarlo, se non l' ho ancora ricevuto?

La ragione di dubitarne si desume dacchè dopo la perdita della casa, l' adempimento della condizione doveva essere una cosa indifferente, poichè il

(1) *V.* quanto fu detto a tal riguardo nel tom. VIII, n.° 17, 444 e 544, non che le autorità che vi sono citate; e pei legati, tomo X, n.° 522, dove citiamo le leggi 70, § 1, ff. *de legatis* 2.° e 22 *princip.* ff. *de fideicomm. libert.*, secondo le quali il legatario che ha accettato un legato fatto sotto certi pesi, più non può di poi ripudiarlo per liberarsi da' medesimi.

contratto trovavasi già privo di oggetto, e quindi non poteva questo più esservi tolto. Or non altrimenti che nel caso della condizione sospensiva, se la cosa perisca finchè non sia ancora verificata la condizione, perisce pel venditore; non ostante l'evento posteriore della condizione (art. 1182 c. c. = *1135 ll. cc.*); così, puossi egli dire, nel caso di condizione risolutiva essa deve perire pel compratore, benchè la condizione si verifichi dappoi. Altronde chi ha ricevuta la cosa sotto condizione risolutiva, si trova per questo stesso motivo obbligato a restituirla sotto condizione sospensiva, *tamquam sub contraria conditione* (1): or, secondo il suddetto art. 1182, se la cosa promessa sotto condizione sospensiva perisce mentre è ancora sospesa la condizione, perisce per chi l'aveva promessa con questa condizione, e per lui eziandio essa si deteriora. Inoltre la condizione risolutiva non ritrovando tampoco alcun oggetto che possa formare la materia del contratto allorchè siasi verificata, non eravi più alcun possibile scioglimento. Nei due casi sembra che la regola *res perit domino* dovesse determinare quale fra le parti debba sopportare la perdita: or prima dell' adempimento della condizione, il compratore era proprietario della cosa venduta.

Queste ragioni, a parer nostro, non sono punto conchiudenti: il compratore è in dritto di rifiutarsi a pagare il prezzo, e può reclamarlo, se lo abbia

(1) Argomento della l. 36, ff. *de rebus creditis*, *V.* pure la l. 13, *in fine*, ff. *de statu liberis*.

già pagato, uniformemente all' art. 1183 c. c. = *1136 ll. cc.* In fatti gli si è venduto sotto una condizione risolutiva il cui adempimento doveva por fine al suo dritto e lasciare il prezzo *sine causa* in mano del venditore. Incumbeva a costui lo stipulare analogamente ai casi fortuiti: se mai siasi taciuto a tal riguardo, deve incolparne sè stesso. Non si affaccerebbe alcun dubbio se, in vece della perdita totale della cosa, non vi fossero che deterioramenti, accaduti del pari per caso fortuito, comunque notabili essi fossero: or se tali deterioramenti rimarrebbero a carico del venditore nel caso in cui si adempisse la condizione risolutiva, non avvi ragione sufficiente per dire il contrario circa alla perdita totale. Se per taluni riguardi chi ha ricevuto una cosa in virtù di un contratto sotto condizione risolutiva, è obbligato a restituirla *tamquam sub contraria conditione*, non si può rigorosamente dire per questo ch' egli sia obbligato sotto condizione sospensiva; non vi sono due contratti, ma uno: lo scioglimento di un dritto non forma per sè stesso un' obbligazione diretta e principale, mentre non è altro che un effetto dell' obbligazione medesima la quale fu contratta con condizione risolutiva, lo che rende inapplicabile l' art. 1182 c. c. = *1135 ll. cc.* il quale, come vedesi dal luogo che occupa, dispone soltanto sul caso di obbligazione formata sotto condizione sospensiva. E perchè il contratto sia sciolto negli effetti che ha prodotti per ciascuna delle parti, non è necessario che la cosa sussista ancora,

mentre avvi sempre ciò che riguarda il prezzo, la cui causa è stata annullata per lo scioglimento della convenzione in virtù della quale soltanto era dovuto. In somma le cose sono rimesse nel medesimo stato in cui erano prima dell' obbligazione, per effetto dell' adempimento della condizione: il creditore, dice l' art. 1183 c. c. = *1136 ll. cc.*, è obbligato a restituire ciò che ha ricevuto: or la disposizione di questo articolo non sarebbe osservata se il venditore, nella specie, potesse ritenere il prezzo o reclamarlo.

Le leggi romane risolvevano la quistione in questo senso. Ulpiano nella l. 2, ff. *de in diem addictione*, tratta degli effetti generali della vendita fatta sotto condizione sospensiva, e di quelli della vendita fatta sotto condizione risolutiva, la quale vendita egli chiama *pura*, ma risolvibile sotto condizione: *pura emptio, quæ sub conditione resolvitur*; e dice che in quest' ultima vendita il compratore può prescrivere che faccia suoi i frutti (1), e che la perdita della cosa lo concerna, se perisca per caso fortuito: *Et emptorem usucapere, et fructus et accessiones lucrari, et periculum ad eum pertinere, si res interierit.* Ma perchè mai la perdita della cosa lo concerne? Egli è perchè, dice il giureconsulto Paolo nella legge seguente, la condizione risolutiva più non può verificarsi dopo la perdita della cosa, poichè allora niuno verrà a fare più vantaggiose offer-

(1) Col peso nondimeno di restituirli se si verifichi la condizione, cioè nella specie se un terzo offra miglior prezzo al venditore, o altre condizioni più vantaggiose; l. 6, nel medesimo titolo.

te al venditore: *quoniam post interitum rei jam nec adferri possit melior conditio.* Adunque allorchè al contrario la condizione risolutiva sia di natura tale da verificarsi ancora dopo la perdita della cosa, e si verifichi in effetto, deve dirsi diversamente: la perdita allora non concerne il compratore, altrimenti il frammento di Paolo sarebbe del tutto privo di oggetto; sarebbe una vera superfetazione nel Digesto, sarebbe anche idoneo ad indurre gli animi in errore, soprattutto se si consideri il luogo che occupa, immediatamente dopo la sentenza di Ulpiano, e come ben si vede per motivarla. Parimenti nella vendita col patto di ricompra, la perdita riguarda il compratore, giacchè il venditore non deve riprendere la cosa: la condizione risolutiva più non può verificarsi. Ma nella specie stabilita da principio, essa si è verificata, e si è considerata come un avvenimento il cui effetto dovea far supporre di non aver avuto luogo il contratto, poichè rimette le cose nel *medesimo stato che se non fosse esistita l'obbligazione;* donde non vedesi perchè mai questo venditore dimanderebbe o anche riterrebbe il prezzo, se non siavi nell'atto qualche clausola idonea a dimostrare che nella intenzione delle parti i casi fortuiti che producessero la perdita della cosa sopraggiunta *pendente conditione*, sarebbero sopportati dal compratore.

92. A parer nostro, ogni aggiudicazione preparatoria si reputa fatta sotto condizione sospensiva; e l'aggiudicazione diffinitiva sopra espropriazione forzata

che ammette la sopraimposta del quarto fra giorni otto (art. 710 c. pr. = *794 ll. pr. civ.*) è sotto condizione risolutiva. In conseguenza se l'immobile la cui vendita sia dimandata in giudizio, perisca ovvero subisca grandi deterioramenti dopo un' aggiudicazione soltanto preparatoria, l'aggiudicatario può farsi discaricare; ma se questi avvenimenti succedano dopo un' aggiudicazione diffinitiva sopra espropriazione forzata, quantunque negli otto giorni accordati al terzo per sopraimporre, sono esse sopportate dall' aggiudicatario, ammenochè la cosa essendo stata soltanto deteriorata, siavi sopraimposta del quarto ed aggiudicazione a favore di un altro.

In fatti è evidente, circa alle aggiudicazioni diffinitive che ammettono la sopraimposta del quarto fra giorni otto, che esse son fatte soltanto sotto una condizione risolutiva; giacchè non hanno luogo sotto questa condizione *se niuno faccia un' offerta maggiore del quarto:* non se ne trova detto una parola negli atti, esse sono fatte puramente; soltanto possono essere sciolte *se un terzo faccia tra otto giorni un' offerta maggiore del quarto.* Il loro scioglimento adunque è quello che trovasi sotto condizione: esse producono talmente il loro effetto dall' istante in cui sono avvenute, che il solo aggiudicatario ha dritto di concorrere con chi ha fatto questa sopraimposta nuova ed eventuale; art. 712 c. pr. = *796 ll. pr. civ.* Al contrario per le aggiudicazioni provvisionali, lungi di operare per sè stesse una vendita perfetta, non sono, come il loro nome

lo dimostra, se non una *preparazione* ad altro atto, una formalità per prevenire questo atto, il quale è realmente quello di alienazione, un atto indispensabile, e non soltanto accidentale, come lo è la sopraimposta del quarto. Un' aggiudicazione preparatoria è una promessa condizionale di comprare da parte dell'aggiudicatario, e di vendere da parte del debitore, rappresentato dal creditore che dimanda l'espropriazione, e questa promessa è condizionale. Essa vincola senza dubbio le parti, ma nello stesso modo che una convenzione sotto condizione sospensiva vincola quelli che l'hanno fatta; in conseguenza coi medesimi effetti.

Il giureconsulto Ulpiano nella succitata legge, ff. *de in diem addictione*, dice che la condizione è sospensiva nella vendita fatta in questi termini: *ut perficiatur emptio, nisi melior conditio afferatur;* e che la condizione è risolutiva, se l'atto dica: *ut meliore allata conditione, discedatur.* Or l'aggiudicazione preparatoria ben sembra di esser fatta sotto la prima di queste condizioni, e l'aggiudicazione diffinitiva sotto la seconda; imperocchè l'aggiudicazione preparatoria serve di fondamento ad un titolo reale per l'aggiudicatario sol quando la sua somma offerta non sia superata in tempo dell'aggiudicazione diffinitiva, la quale deve per necessità aver luogo; lo che è assolutamente lo stesso che dire, *ut perficiatur emptio, nisi melior conditio afferatur;* mentrechè l'aggiudicazione diffinitiva non è fatta sotto la condizione virtuale e necessaria, *se non vi*

sia sopraimposta del quarto, essendo questa sopraimposta totalmente fuori del contratto di aggiudicazione; ma soltanto vien fatta sotto la tacita e legale condizione, che se vi sia sopraimposta del quarto e la somma del maggiore offerente non venga superata dall' aggiudicatario, l'aggiudicazione fatta a costui favore sarà sciolta, come se fosse detto: *ut meliore allata conditione, discedatur.*

Infine circa all' aggiudicazione preparatoria, siccome i frutti raccolti dopo la denuncia del pignoramento sono considerati quali stabili, per essere distribuiti unitamente al prezzo di questi, secondo l' ordine d' ipoteca (art. 689 c. pr. = *767 ll. pr. civ.*), e siccome nè questo articolo nè alcun altro restringe ciò ai frutti raccolti fino all'aggiudicazione preparatoria, devesene conchiudere che quelli benanche i quali vengono raccolti dopo tale aggiudicazione si considerano similmente quali stabili, quando anche l' aggiudicatario preparatorio si rendesse aggiudicatario diffinitivo: lo che è ancora una novella pruova che le aggiudicazioni preparatorie si reputano fatte sotto condizioni sospensive, invece che le altre sono sotto condizioni risolutive, giacchè non lasciano niuna cosa in sospeso: nulla più devesi fare perchè il contratto d' alienazione sia perfetto: soltanto la legge, per un favore verso il debitore, autorizza i terzi a fare un' offerta maggiore del quarto nel termine di otto giorni, ed a *togliere* così all'aggiudicatario il suo acquisto, ammenochè egli non voglia pure render vana questa sopraimposta, facen-

done un' altra maggiore, ed egli solo ha questo dritto, mentrechè ognuno può sopraimporre sull' aggiudicazione preparatoria.

Noi riguardiamo puranche la sopraimposta ipotecaria, ossia offerta di accrescere o far accrescere il prezzo dichiarato dal nuovo proprietario ad un decimo di più, qual semplice promessa di comprare fatta sotto condizione sospensiva. Il prezzo neanche è certo, giacchè può essere maggiore. Adunque se lo stabile perisse ovvero subisse deterioramenti nel corso della procedura, il creditore che ha fatto la sopraimposta potrebbe farsi esonerare dalla sua offerta, come l' aggiudicatario preparatorio: *res perit domino*: or egli non era proprietario.

93. Accade talvolta che un contratto sia nel tempo stesso sotto condizione sospensiva e sotto condizione risolutiva. Una donazione fatta sotto condizione sospensiva da un individuo il quale non ha figli nè discendenti legittimi al momento della donazione è in questo caso, giacchè racchiude in sè stesso la condizione risolutiva tacita e legale che se mai sopraggiunga un figlio legittimo al donante, la donazione sarà rivocata; art. 960 c. c. = *885 ll. cc.* Stante ciò che pocanzi abbiamo detto sul caso in cui la cosa sia perita prima di essersi verificata la condizione risolutiva, importa di vedere ciocchè sia accaduto nell' ipotesi in cui si fossero apposti pesi alla donazione.

Se la cosa donata sia perita prima d' essersi verificata la condizione sospensiva, non vi è stata obbli-

gazione. Avvien lo stesso se questa condizione sia mancata, e per lo medesimo motivo, se la condizione risolutiva siesi verificata pria dell' evento della condizione sospensiva.

Ma ove si supponga semplicemente che quest' ultima condizione si verificò, e che l' oggetto della donazione sia poscia perito, il donatario deve eseguire i pesi. Nondimeno se la condizione risolutiva si verifichi in prosiegno, siccome le cose sono rimesse nel medesimo stato di prima, egli è liberato dai pesi per l' avvenire, e potrebbe anche ripetere ciocchè abbia pagato in rendite, prestazioni o altrimenti, ma con obbligo pur tuttavolta, di compensare coi frutti e gli emolumenti ritratti dalla cosa donata.

94. Circa ai frutti raccolti in virtù di un contratto annullato per effetto di condizione risolutiva, espressa o sottointesa, o preveduta dalla legge, il Codice spiegasi in molti casi, ma non in tutti.

Così, in materia di donazione conferita all' eredità, o ridotta per somministrare le riserve, gli art. 856 e 928 c. c. = *775 e 845 ll. cc.* regolano ciocchè riguarda i frutti.

Gli art. 958 e 962 c. c. = *883 e 887 ll. cc.* regolano similmente ciocchè concerne i frutti nei casi di donazione rivocata per causa d' ingratitudine o di sopravvegnenza di figli.

Ma il Codice non dice cosa alcuna a tal riguardo sui casi di donazioni rivocate per inadempimento delle condizioni colle quali erano esse state fatte, o delle donazioni fatte con istipulazione del dritto

di riversione, o con qualunque altra condizione risolutiva la quale si è verificata.

Nel primo caso i frutti dovrebbero restituirsi dal donatario, giacchè non avendo egli adempito alle sue obbligazioni, li riterrebbe *sine causa*; salvo a compensarli sino alla debita concorrenza con ciò che avesse pagato in annue prestazioni o altrimenti, ma anche senza pregiudizio de' danni ed interessi che potrebbero esser dovuti al donante.

Nel caso di donazione con patto di riversione, gli eredi del donatario non debbono restituire i frutti, attesochè il donante stipulò la riversione soltanto nei beni medesimi (1), e non intese di annullare gli effetti della donazione se non per ciò che riguarda i beni, e non i frutti. Il silenzio del Codice intorno ai frutti conferma eziandio questa opinione.

Per analogia devesi dir lo stesso pel caso in cui la donazione sia fatta sotto qualunque altra condizione risolutiva, casuale o mista: se il donante non avesse inteso di conferire puramente e semplicemente il godimento al donatario, se lo avrebbe riservato facendo la donazione sotto una condizione sospensiva pel caso contrario a quello col quale la fece sotto condizione risolutiva.

Nelle vendite con facoltà di ricompra non deve il compratore restituire i frutti, quando anche non avesse pagato interessi, sia a motivo di una convenzione particolare che avesse renduta inapplica-

(1) *V.* tomo VIII, n.° 492.

bile la disposizione dell' art. 1652 c. c. = *1498 ll. cc.* 3.° comma, sia perchè la ricompra si fosse esercitata prima di ogni pagamento. Niuna disposizione del Codice l'obbliga in fatti a restituirli. Finchè non si esercitava la ricompra raccoglieva i frutti sulla propria cosa. Aggiungi che i casi fortuiti lo riguardavano.

Questa risoluzione sarebbe la stessa nel caso di permuta fatta sotto condizione che sarà lecito a ciascuna delle parti o ad una di esse soltanto, sciogliere la convenzione in un certo tempo, la quale clausola sarebbe valida anche in questi contratti, poichè la legge non la vieta, anzi l'autorizza con l' art. 1707 c. c. = *1553 ll. cc.*, dicendo che *tutte* le altre regole stabilite pel contratto di vendita si applicano anche alla permuta.

Nel caso di vendita di stabili rescissa per causa di lesione oltre i sette dodicesimi nel prezzo, l'art. 1682 c. c. = *1528 ll. cc.* sottopone soltanto il compratore a restituire i frutti raccolti dopo la dimanda.

Se una vendita di stabili sia sciolta per non avere il compratore pagato il prezzo, deve egli render conto de' frutti raccolti, salvo a compensarli sino alla debita concorrenza con gl' interessi che avesse pagati, o con quelli della porzione del prezzo che avesse già soddisfatta; giacchè non adempiendo alle sue obbligazioni, riterrebbe questi frutti *sine causa.*

Infine nei casi di vendita, transazione o altro contratto a titolo oneroso fatto sotto condizione risolutiva, espressa, casuale o mista, la quale siasi ve-

rificata, la quistione intorno alla restituzione de' frutti deve risolversi, per massima, contro quegli il cui titolo trovasi così annullato, salvo la compensazione di che si è pocanzi parlato. La legge 2, ff. *de in diem addictione*, già parecchie volte citata, attribuisce i frutti al compratore sotto condizione risolutiva, ma soltanto *interim*; imperocchè se la condizione si verifica, è obbligato di restituirli al venditore, giusta la legge 6 nel medesimo titolo; lo che del resto è assai uniforme al canone stabilito dall' art. 1183 c. c. = *1136 ll. cc.*, il quale prescrive che l' effetto della condizione risolutiva è di rimettere le cose nel medesimo stato come se non fosse esistita l' obbligazione. L' acquirente il cui titolo è così estinto, e che per effetto dell' evento si trova di non aver avuto alcuna causa reale di possesso, non può essere assimilato ad un terzo di buona fede, il quale fa suoi i frutti finchè sia in buona fede (art. 549 e 550 c. c. = *474 e 475 ll. cc.*); giacchè possedeva non come terzo, ma precariamente per riguardo a chi gli aveva trasmesso, abbandonato o ceduto la cosa con questa condizione risolutiva.

Tale risoluzione dipenderebbe nondimeno dalle circostanze della causa e dai termini dell'atto; ma per regola è uniforme alla natura della condizione risolutiva.

95. Come si è detto più sopra, lo scioglimento de' contratti traslativi di beni immobili o di dritti sopra stabili, ha benanche effetto contro i terzi,

ai quali gli acquirenti avessero concesso dritti sui medesimi beni, o loro avessero trasmesso i beni medesimi; ma nel caso in cui lo scioglimento dev'essere pronunziato in giudizio, bisogna innanzi tutto farlo pronunciare contra la parte prima di procedere contra i terzi. Si possono nondimeno citar costoro nel medesimo giudizio per sentir dire che la sentenza sarà dichiarata comune con essi; e se si convenissero da principio i terzi, il che non sarebbe molto regolare, bisognerebbe mettere in causa la parte, qualora il convenuto lo richiedesse: non incumberebbe a lui il porvela.

Nel caso in cui lo scioglimento avvenga di pieno dritto, la rivendicazione può esercitarsi direttamente contra i terzi detentori (a).

(a) Questi principj sono elementari, e poggiano sulle seguenti teoriche: 1.° La rescissione del contratto si estende contro il terzo possessore; art. 1500 e 1527 delle leggi civili. 2.° La condizione risolutiva rivoca le obbligazioni; art. 1136 e 1137 delle dette leggi, e si rivocano anche le ipoteche sottoposte a condizione o a rescissione; art. 2011 delle stesse leggi civili. 3.° Il venditore trasmette al suo aggiudicatario il dritto condizionale e risolvibile; art. 2076 delle citate leggi civili; art. 816 delle leggi di procedura civile; ed art. 70 dell' ultima legge sull' espropria dei 29 dicembre 1828. 4.° L' ipoteca si estingue colla risoluzione del dritto di colui che l' ha costituita; art. 2074 n.° 4 delle cennate leggi civili. Trad.

SEZIONE II.

Delle obbligazioni a termine.

SOMMARIO.

96. *Che intendasi in dritto per termine.*

97. *Vi è il termine stipulato e il termine di grazia : quale sia il primo.*

98. *Quale il secondo.*

99. *L' eccezione dilatoria risultante dal benefizio dell' inventario racchiude un termine.*

100. *Il tempo necessario per la sua esecuzione è sempre sottointeso.*

101. *Talvolta nei mutui o nei comodati non avvi alcun termine convenuto : che mai avvenga in questi casi.*

102. *Talvolta l' obbligazione contiene una condizione ed un termine : distinzione da farsi.*

103. *Il termine differisce dalla condizione sospensiva , ed in quai punti.*

104. *Il termine si presume sempre a vantaggio del debitore , ma altro non è questa che una semplice presunzione.*

105. *Può essere stipulato a vantaggio soltanto del creditore.*

106. *Nelle lettere di cambio è stipulato nell' interesse del possessore e del debitore.*

107. *Avvien lo stesso nei biglietti ad ordine.*

108. *Talvolta nelle disposizioni testamentarie il termine è unicamente in favore del legatario : conseguenza.*

109. *Allorchè il termine sia soltanto apposto a pro del debitore , può costui rinunciarvi , nondimeno con obbligazione di pagare gl' interessi stipulati pel tempo convenuto.*

110. *Per massima, ciocchè è dovuto a termine non può richiedersi prima della scadenza del termine.*

111. *L' ultimo giorno del termine è tutto intero a favore di colui a pro del quale è il termine.*

112. *Ciocchè si è pagato prima del termine non è in generale soggetto a restituzione.*

113. *Può almeno dimandarsi l' interesse sino alla scadenza del termine allorchè il pagamento sia stato fatto per errore ? discussione.*

114. *Non è giusta la disposizione che rende esigibili i debiti a termine in caso di fallimento o di decozione del debitore senza deduzione dello sconto.*

115. *Allorchè gl' interessi da maturare sieno stati cumulati nell'obbligazione col capitale renduto esigibile per effetto del fallimento o della decozione del debitore, debbono essere diffalcati pel tempo da correre.*

116. *Testo degli art. 1188 c. c., 448 c. com. e 124 c. pr.*

117. *Quest' ultimo deve intendersi del termine di grazia circa alle circostanze non menzionate nel primo, e che privano il debitore del termine accordatogli.*

118. *Dacchè il debito fosse con ipoteca o fideiussione, ciò non impedirebbe che il fallimento del debitore lo rendesse esigibile.*

119. *Il fallimento o la decozione di uno de' debitori solidali non priva gli altri del beneficio del termine.*

120. *Il fideiussore nettampoco è privato del benefizio del termine sol perchè il debitore cada in fallimento o in decozione.*

121. *Il debitore il quale abbia diminuito le cautele che avea date col contratto al suo creditore, ha perduto dritto al beneficio del termine: esempj; conciliazione degli art. 1188 e 2131 c. c.*

122. *Chi abbia ottenuto un termine per frode, dev' esserne privato.*

123. *E chi non dia le cautele promesse col contratto dev' essere assimilato a colui il quale abbia distrutto col suo fatto quelle che aveva dato.*

124. *Il donatario d' immobili per anticipazione di eredità che gli abbia ipotecati e che si qualifica di poi erede del donante, diminuisce così col suo fatto le cautele che avea dato col contratto al suo creditore.*

125. *In generale ciò deve intendersi del caso in cui l' ipoteca sia convenzionale.*

126. *Secondo la giurisprudenza, l'alienazione parziale de' beni convenzionalmente ipotecati rende esigibile il credito.*

127. Secus *se l' alienazione sia degl' interi beni per un solo e medesimo prezzo.*

128. *Osservazioni intorno alla suddetta giurisprudenza.*

129. *Caso in cui essa non deve applicarsi.*

130. *La mancanza, per due anni consecutivi, della somministrazione di una rendita costituita in perpetuo, rende esigibile il rimborso del capitale.*

131. *La giurisprudenza ha pure esteso questa sanzione alle ren-*

dite antiche la cui somministrazione siasi trascurata per due anni vigente il Codice.

96. Il termine è una dilazione accordata al debitore per adempiere alla sua obbligazione.

97. Avvi il termine stipulato ed il termine di grazia.

Il primo è quello che fu convenuto tra le parti con l'atto medesimo che racchiude l'obbligazione, o con un atto posteriore, per esempio con un accordo o con un atto di dilazione intervenuto tra un debitore ed i suoi creditori.

98. Il termine di grazia (a) è quello che viene accordato al debitore con una sentenza, avendo riguardo alla sua situazione; art. 1244 c. c. = *1197 ll. cc.*, e 122 c. pr. = *216 ll. pr. civ.*

Questo termine non forma ostacolo (b) alla compensazione; art. 1292 c. c. = *1246 ll. cc.*

(a) Il consigliere general Winspeare nella camera di grazia e giustizia del già Supremo Consiglio di Cancelleria richiese di abolirsi tale termine di grazia, come distruttivo del credito, e spesso abusivo. Conchiuse di doversi almeno limitare ad un tempo stabilito.

Il consigliere Sollima osservò, che essendosi dato ai soli magistrati il potere di accordare *moderate* dilazioni, non vi è timore d'inconvenienti, che poteansi verificare sotto il sistema delle *lettere di grazia*. Aggiunse che tale facoltà è insita all'andamento dei giudizj, non solo in riflesso della posizione dei debitori, ma pure in riguardo di particolari circostanze ed avvenimenti, spesso non dipendenti dai detti debitori, che sono per altro preveduti in dritto. Disse che tali *moderate* dilazioni si devon concedere sempre colla clausola salutare, *rimanendo ogni cosa nel suo stato*, ciò che allontana ogni timore di arbitrio. La detta Camera di grazia e giustizia opinò di ammettersi il termine di grazia giusta il progetto. Trad.

(b) Il termine però di dritto impedisce la compensazione; art. 1245 delle leggi civili. Trad.

Il debitore non può ottenerlo, e neanche godere di quello che gli fosse stato accordato, se i di lui beni sieno venduti ad istanza di altri creditori, se trovasi in istato di fallimento, di contumacia o di arresto, e finalmente se per fatto suo abbia diminuito le cautele date per contratto al suo creditore; art. 124 c. pr. = *218 ll. pr. civ.*

Ritorneremo tra poco a parlare di ciò.

99. L' eccezione dilatoria risultante dal beneficio dell' inventario, comprende implicitamente un termine o una specie di termine; art. 174 c. pr. = *268 ll. pr. civ.*

100. Ed in ogni obbligazione avvi tacitamente un termine convenuto, che è del tempo necessario per la sua esecuzione. A cagion d'esempio, se io mi obbligo in Parigi a farvi sborzare 1,000 scudi in Lione, ovvero a consegnarvi il mio cavallo che è ora in Orleans, la quale circostanza voi sapete, abbiamo con ciò pure tacitamente convenuto un tempo necessario perchè io possa dare ordini a Lione di pagarvi la somma o per far ritornare il cavallo da Orleans (1).

101. Talvolta nei mutui non è stabilito alcun termine dalle parti per la restituzione. Talvolta anche è semplicemente detto che il mutuatario pagherà quando lo potrà, o quando ne avrà i mezzi: in questo caso il giudice stabilisce un termine secondo le

(1) LL. 41, § 1; 137, § 2, ff. *de verb. oblig.*; § 5, Instit. *eodem tit.*; e l. 2, § 6, ff. *de eo quod certo loco.*

circostanze; art. 1900 e 1901 c. c.=*1772 e 1773 ll. cc.*

E nei comodati in cui non sia stabilito un giorno per la restituzione della cosa, il comodatario in generale ha il dritto di servirsene pel tempo necessario alla specie di uso per cui la tolse a prestito; art. 1888 c. c. = *1760 ll. cc.*

102. Infine, come sopra si è detto (n. 59), talvolta l'obbligazione comprende una condizione ed un termine; bisogna allora esaminare se il termine sia apposto alla condizione soltanto, o se lo sia anche all'obbligazione stessa.

Per esempio, qualora sia detto: *Se la tale nave ritorni in Francia entro l'anno*, il termine è apposto soltanto alla condizione, per limitare il tempo in cui la nave dovrà giungere in Francia perchè si verifichi la condizione: talmentechè se ritorni in Francia a capo di sei mesi, per esempio, essendo adempita la condizione, l'obbligazione diventa esigibile a quell'epoca.

Ma ove sia detto: *Se la tal nave ritorni in Francia fra un anno, allora mi pagherete 100;* questa parola *allora* fa intendere che il termine è apposto tanto all'obbligazione per la sua esecuzione, quanto alla condizione da cui essa dipende; e non prima che sarà trascorso l'anno, e nel caso in cui la nave fosse ritornata in Francia entro l'anno, potrà il creditore dimandare il pagamento della somma promessa (1).

---

(1) L. 4, § 1, ff. *de condit. et demonst.*

103. L'art. 1185 c. c. = *1138 ll. cc.* dichiara che « il termine è diverso dalla condizione, in quanto « non sospende l'obbligazione, ma ne ritarda sol- « tanto l'esecuzione. »

Qui i compilatori del Codice non ebbero in mira che la condizione sospensiva; per cui nel secondo paragrafo dell'art. 1183 c. c. = *1136 ll. cc.* è detto che la condizione risolutiva non sospende l'esecuzione dell'obbligazione.

Le principali differenze che vi sono fra il termine (a) e la condizione sospensiva, consistono in quanto che: 1.° Nei legati se mai vi sia semplicemente un termine, nella mente del testatore, espresso o

(a) La maniera di computare i termini nelle citazioni ed atti di procedura, eccetto quando non siasi altrimenti convenuto, è diversa dai termini convenzionali. Nelle procedure o citazioni vi sono dei termini franchi nei quali non si conta, giusta l'art. 1109 delle leggi di procedura civile, nè il termine *a quo*, nè il termine *ad quem*. Le regole generali riguardo ai termini stabiliti nei contratti, salve le particolari convenzioni, sono le seguenti:

1.° Il giorno della scadenza, *terminus ad quem*, è compreso nel termine: *Inst. de verb. oblig.*, § 2, l. 1, § 9, ff. *de succes. edict.* Non così il giorno del termine, *terminus a quo*, che non va compreso nel termine: *Merlin* nel *Repertorio*, alla parola *dilazione*, sez. 1, § 3.

2.° Gli anni ed i mesi, per argomento dell'art. 131 delle leggi di eccezione per gli affari di commercio, si contano tali quali sono fissati dal Calendario Gregoriano (*): *Merlin* nel *Repertorio* alla parola *mese*.

3.° Riguardo al modo di calcolare i termini stabiliti dalle leggi, si osservi quanto si rattrova indicato nelle *note* ai numeri 798 e 518 del nono e dodicesimo volume. Trad.

(*) Nei dominj oltre il faro non si può fare più uso, ai termini del decreto degli 11 novembre 1818, della computazione *indizionale*, dovendosi l'anno calcolare colla sola era volgare. Trad.

sottointeso, la morte del legatario sopraggiunta prima della scadenza di questo termine (ma dopo quella del testatore) non impedisce che egli abbia avuto un diritto acquistato e trasmisibile a' proprj eredi; art. 1041 c. c. = *996 ll. cc.* Invece che se il legato sia sotto una condizione sospensiva (1), ed il legatario muoia prima che si verifichi la condizione, questo legato è caduco; art. 1040 c. c. = *995 ll. cc.*

2.° Nelle obbligazioni pure, se la cosa perisca per caso fortuito prima del termine apposto per lo rilascio, perisce pel creditore, a cagion d'esempio, pel compratore, il quale non è meno obbligato di pagarne il prezzo (2); mentrechè se l'obbligazione sia sotto condizione sospensiva e la cosa perisca *pendente conditione*, perisce per chi l'aveva promessa sotto questa condizione (art. 1182 c. c. = *1135 ll. cc.*), quantunque la condizione si verifichi di poi (3). E se la condizione sia risolutiva, la cosa perisce per chi l'ha ricevuta qualora non si verifichi la condi-

---

(1) Imperocchè un legato potrebbe esser fatto benanche sotto condizione risolutiva, come lo dimostrammo nel tomo VIII, n.° 68, e tomo IX, n.° 281. Ed il legato fatto sotto una condizione di questa natura riceverebbe il suo effetto fin dalla morte del testatore: non si dovrebbe attendere a tal uopo che si verificasse la condizione, come se l'inadempimento della medesima formasse l'oggetto di una condizione sospensiva, lo che impedirebbe l'esecuzione del legato, e lo farebbe svanire se il legatario morisse nell'intervallo: il legato fatto sotto condizione semplicemente risolutiva è un legato *puro*, e non un legato condizionale.

(2) *V.* nel tomo precedente, n.° 422.

(3) *V.* sopra, n.° 74 e seguenti.

zione: ove si verifichi, la cosa perisce per colui al quale dovea ritornare (1).

3.° Ciocchè viene pagato, anche per errore, prima del termine, non è soggetto a ripetizione (2), salvo ciò che diremo tra poco circa allo sconto; in vece che colui il quale deve soltanto sotto condizione sospensiva e paghi per errore *pendente conditione*, può, finchè non si verifichi la condizione, ripetere ciò che abbia indebitamente pagato; giacchè pagò quel che non doveva (3): eravi soltanto speranza di un debito.

4.° Nel debito a termine il debitore può fare offerte prima della scadenza del termine, ammeno che non siasi stipulato puranche a vantaggio del creditore; mentrechè non lo può se il debito sia condizionale; art. 1258 c. c. = *1211 ll. cc.*

5.° In caso di fallimento del debitore con termine, il debito diviene puramente e semplicemente esigibile (art. 1188 c. c. = *1141 ll. cc.* e 448 c. com. = *440 ll. ecc. com.*); invece che quando il debito sia sotto condizione sospensiva, si procede nel modo indicato più sopra, n.° 69 e seguente.

104. Il termine è sempre presunto stipulato a vantaggio del debitore, ammenochè dalla convenzione o dalle circostanze non risulti di essersi benanche convenuto a pro del creditore; art. 1187 c. c. = *1140 ll. cc.*

---

(1) *V.* sopra, n.° 91.
(2) L. 10, ff. *de condict. indeb.*
(3) L. 16, *de condict. indeb.*

*

105. Può eziandio esser convenuto nell'interesse del creditore soltanto; ed in questo caso, siccome è lecito a ciascuno di rinunziare a ciò che è stato stabilito unicamente in suo favore, il creditore potrebbe dimandare la cosa prima del termine. Tal sarebbe il caso in cui affidandovi io un deposito, si fosse tra noi convenuto che voi conservereste la cosa per tre mesi, o sino al mio ritorno dal tale viaggio che ho in animo di fare: nulla m' impedirebbe di ridomandar la cosa prima del tempo convenuto.

106. Nelle lettere di cambio, il termine si presume convenuto nell' interesse del possessore della lettera come nell' interesse del debitore, il quale non può fare offerte prima della scadenza del termine (a); art. 146 c. com. = *145 ll. ecc. com.*

107. E siccome l' art. 187 *ibid.* = *187 ibid.* prescrive che tutte le disposizioni riguardanti il pagamento delle lettere di cambio si applicano ai biglietti ad ordine, risulta da ciò che il termine in questi biglietti è tanto a vantaggio del creditore, quanto a vantaggio del debitore.

(a) Nei contratti commerciali i termini sono di rigore, e non vi è luogo a purgazione di mora: *decis. della nostra suprema Corte di giustizia nella causa tra* Pappalardo *e* de Caro, *dei 27 settembre 1817.*

Del pari nelle comprevendite a termine delle rendite iscritte sul Gran Libro s' incorre nella mora per ministero di legge, ossia per la sola scadenza dei cinque giorni a norma dei decreti dei 18 maggio e 14 dicembre 1824: *decis. della nostra Corte suprema di giustizia dei 30 ottobre 1830* nella causa tra la RAGIONE BUONO *e* D. MAURIZIO DUPONT, e *decisione della G. C. civile di Napoli degli 11 novembre 1835 nella causa tra la* FALLITA MOLARD *ed il cav.* MUSSI. TRAD.

108. Nelle disposizioni testamentarie accade talvolta che il testatore ponga un termine al legato unicamente nell' interesse del legatario, come quando si fa un legato ad un minore pagabile soltanto alla sua età maggiore, perchè il testatore teme che il tutore, il quale forse amministra male, ne riscuota la somma e la dissipi. In questo caso se l'erede paghi al minore o anche al tutore, ed il legato fosse dissipato, potrebbe essere obbligato a pagar di nuovo; l. 15, ff. *de annuis legatis.*

109. Allorchè il termine sia apposto a vantaggio del debitore soltanto, può costui rinunciarvi; ma non bisogna da ciò conchiudere che se avesse mutuato ad interesse una somma per tanti anni o tanti mesi, potrebbe contro la volontà del creditore restituir la somma per far cessare il corso degl'interessi; imperocchè la convenzione dev' essere rispettata. Il debitore in questo caso può senza dubbio liberarsi, ma deve pagare gl' interessi per tutto il tempo convenuto; ed il creditore non li riceverà *sine causa*, poichè gli ha stipulati per la durata di godimento del suo capitale per questo tempo, e sta al debitore il conservare siffatto godimento.

110. Ciocchè è dovuto a termine non può richiedersi prima della scadenza del termine (art. 1186 c. c.=*1139 ll. cc.*), (a) ammenochè, come più so-

(a) Il creditore non ha dritto di conseguire l'adempimento dell'obbligazione, finchè non giunga il termine, ma può frattanto valersi di tutt' i mezzi di assicurazione, facendo anche riconoscere il credito, se nasca da privata scrittura, senza però poter prendere iscrizione pri-

pra si è detto, il termine non si fosse stipulato che in vantaggio del creditore soltanto, o dalle circostanze della causa non risultasse di essere stato apposto nel suo solo interesse, lo che del resto avverrà di raro.

Può anche il debitore aver perduto dritto al beneficio del termine in taluni casi, come tra poco lo spiegheremo.

111. L'ultimo giorno del termine, messo a pro del debitore o del creditore, è tutto intero per colui nell'interesse del quale questo termine fu apposto (1); in conseguenza la dimanda o le offerte non debbono farsi in quel giorno, ma bisogna attendere il dì appresso. Parimenti il protesto nelle lettere di cambio e nei biglietti ad ordine dev' esser fatto il giorno appresso a quello della scadenza; e se sia un giorno di festa, il protesto deve farsi il giorno seguente. Ma se anche il giorno della scadenza sia un giorno di festa, il pagamento vien fatto il dì innanzi; art. 134, 162 e 180 c. com.=*133, 161 e 179 ll. ecc. com.* insiem combinati. E que-

ma del termine: art. 1138, 1139 e 2009 delle leggi civili. Anzi laddove il debitore citato per la ricognizione negasse il debito, o essendo pagabile in diversi termini successivi, non si fosse effettuita la soddisfazione della prima danda, il creditore può ottenere una sentenza di condanna per l'intero, anche prima della scadenza degli ulteriori termini, da porla però in esecuzione alla scadenza dei rispettivi termini per le correlative somme dovute; *Toullier tomo 6, n.° 664 e 665*, il quale cita Merlin nel *Repertorio* alla parola *ipoteca*, sez. 2.ª § 2 art. 5, non che Voet tit. de *Judiciis* n.° 27, ed Ubero *in Instit. de verb. oblig.*, n.° 3 *in fine*. Trad.

(1) L. 42, ff. *de verb. oblig.*

st' ultima disposizione del resto è particolare agli effetti di commercio.

112. Ciocchè siasi pagato prima del termine non può ripetersi (medesimo art. 1186 c. c. = *1139 ll. cc.*), salvo nondimeno ciocchè è detto nell' art. 446 c. com. = *438 ll. ecc. com.*

113. Non avvi dubbio alcuno allorchè il pagamento siasi fatto con cognizione di causa; ma le leggi romane dispongono lo stesso nel caso pure in cui il pagamento siasi fatto per errore (1), attesochè il termine non sospende l' effetto dell' obbligazione, e quante volte avvi obbligazione non vi è luogo a ripetere; imperocchè non si è pagata una cosa indebita. Sembra che il nostro art. 1186 disponga eziandio sul caso di pagamento fatto per errore prima del termine; ma si può nondimeno elevar la quistione se colui il quale doveva una somma non produttiva d' interessi, e che la pagò per errore prima della scadenza del termine, possa mai nel dritto attuale dimandare al creditore che questi, a di lui elezione, gli paghi gl' interessi o lo sconto (*interusurium*) sino al giorno della scadenza, o che gli restituisca la somma coll' obbligo per esso debitore di dargli le medesime sicurtà?

A parer nostro, lo può; ma secondo la maggior parte degli autori, non ha questo dritto.

Essi allegano che l' azione per ripetizione, *condictio indebiti*, benchè avente per base l' equità, è

(1) LL. 10, 16, 17 e 18, ff. *de condict. indebit.* insiem combinate.

nondimeno di stretto dritto, come quella di mutuo, nella quale il magistrato non può assegnare al reo cosa alcuna oltre ciò che fu da lui dato all' altra parte. Per lo che taluni autori, specialmente Pothier, chiamano *promutuum* il quasi contratto formato pel pagamento di una cosa che non era dovuta. Or, dicono essi, non fu pagato lo sconto; dunque non avvi luogo a ripeterlo, e nettampoco avvi luogo a ripetere la somma che venne realmente pagata, poichè era dovuta, abbenchè con un termine.

Dippiù, soggiungono essi, nel caso d' indebito pagamento il reo convenuto non deve restituire se non ciò di cui ha profittato per effetto di questo pagamento (1), e siccome può darsi che non abbia ritratto alcun vantaggio dall'anticipazione, per esempio, perchè lasciò la somma oziosa nel suo scrigno, o perchè la mutuò senza interessi, non dev' essere costretto di pagarne da sua banda, altrimenti soffrirebbe egli stesso un pregiudizio. Ed ammettendo che avesse mutuata ad interessi la somma, siccome ha corso le fasi di perdita per effetto del fallimento de' mutuatarj, debbono quest' interessi rimanergli, tanto più che provvengono nel tempo stesso e dal suo contratto e dalla sua cosa. Infine siccome il mutuo propriamente detto non produce per sè medesimo interessi, ma vi bisognerebbe a tal uopo una espressa stipulazione, il quasi contratto che nasce dal pagamento fatto indebitamente non potrebbe

(1) L. 65, § 8, ff. *de condict. indebit.*

produrne; e vieppiù quando non vi sia stato indebito pagamento, come nella specie, dappoichè eravi debito.

Tali sono le principali ragioni addotte da Voet *ad Pandectas*, tit. *de condict. indeb.;* da Perezio *ad Codicem*, *eod. tit.*, e da altri autori per escludere la ripetizione della somma pagata per anticipazione, benchè per errore, nonchè la dimanda degl' interessi o sia sconto sino al tempo della scadenza del debito.

Pothier nel suo trattato sul quasi contratto risultante dal pagamento dell' *indebito*, al quale pagamento, come pocanzi si è detto, egli diè il nome di *promutuum*, aggiunge un' altra ragione a quelle che abbiamo rassegnate, ma che oggidì non ha forza, giacchè la premessa non è più in rapporto col dritto attuale. Colui il quale, egli dice, facesse un vero mutuo, non potrebbe stipulare interessi; dunque chi ha pagato senza dovere non può esser supposto di averne stipulato; e vie maggiormente colui il quale doveva, ma che ha soltanto pagato prima della scadenza.

Se cotesti autori avessero ristretto la loro opinione agl' interessi o allo sconto pel tempo scorso dal pagamento fatto con anticipazione sino al momento in cui pagò, scovrendo il suo errore, affacci reclamo, noi saremmo perfettamente del parer loro; imperocchè siccome nelle obbligazioni di somme, gl' interessi non sono dovuti se non dal giorno della dimanda, eccettuati i casi nei quali la legge dichiara

che debbono *ipso jure* decorrere (art. 1153 c. c. = *1107 ll. cc.*), e siccome non ci troveremmo in alcuno di questi casi, è chiaro che non potrebbe pretenderne pel tempo anteriore al suo reclamo, quando anche fosse dimostrato che il creditore ne abbia ritratti per l' impiego che fece della somma. Non trattasi peraltro degl' interessi o dello sconto pel tempo anteriore al reclamo, ma trattasi unicamente dello sconto pel tempo futuro, e sino all' epoca ch' erasi stabilita pel pagamento del debito; e sosteniamo che la pretensione tendente a far sì che il creditore, a sua elezione, bonifichi questo sconto o restituisca la somma coll' obbligo pel debitore di dargli le stesse sicurtà, sia una pretensione equa ed in perfetto accordo con le regole della nostra attuale legislazione, in cui il godimento del danaro contante ha un valore effettivo e costituisce la principale sorgente onde moltissimi cittadini ritraggono la rendita loro. Bisogna da ciò conchiudere, lo che del resto fu vero in ogni tempo, ma lo divenne vieppiù dacchè il danaro può produrre lecitamente interessi in ogni obbligazione; bisogna da ciò conchiudere, diciamo, che colui il quale paga prima del termine, paga per questa stessa ragione più di quel che doveva, se non circa al *quantum* del debito in sè medesimo, almeno per la privazione del vantaggio che poteva ritrarre dalla somma dandola ad interesse. È sì vero che il termine costituisce un vantaggio, e che colui il quale deve a termine deve meno di chi deve in contante, che se un fideius-

sore si obbligasse a pagare in un termine più breve di quello accordato al debitore principale, si reputerebbe obbligato *più* del debitore, e non dovrebbe pagare se non nel termine concesso a quest' ultimo: *plus est enim statim aliquid dare, minus est post tempus dare* (1). Dunque pagare prima del termine, è pagare più che non si doveva in realtà, poichè con ciò si diminuisce il proprio patrimonio; e ciò è sì vero che, secondo lo stesso dritto romano, il creditore il quale avea ricevuto dal suo debitore insolvibile un pagamento prima della scadenza del termine, era obbligato di bonificare lo sconto o interesse alla massa (2). Ed allorchè un debitore il quale, secondo la legge, doveva godere di un termine, coll' obbligo di dar cauzione, non poteva somministrarla, non era tenuto a pagare immediatamente se non dedotto lo sconto. Se ne trovano esempj nella l. 24, § 2, ff. *soluto matrim. quemad. dos petatur*, e nella l. 22, § 1, ff. *mandati vel contra.*

Supponiamo in fatti che abbia taluno comprato un fondo mediante 20,000 fr., senz' altra spiegazione nell' atto di vendita; ma che le parti per ragioni particolari abbiano creduto di dover fare una controscrittura colla quale siasi pattuito che i 20,000 fr. fossero pagabili a capo di sei anni soltanto, e senza interessi, attesochè il prezzo venne stabilito

(1) § 5, Instit. *de fidejussoribus.*
(2) L. 10, § 12, e l. 17, § *ult.*, ff. *quæ in fraudem credit.*

analogamente; che il compratore sia morto poco tempo dopo, e che il suo erede, ignorando la controscrittura, la quale non si è rinvenuta con le altre carte del defunto, abbia pagato immediatamente i 20,000 fr.: non è egli evidente in simil caso di aver questo erede pagato una somma assai maggiore di quella per la quale il suo autore avrebbe ottenuto la cosa se l'avesse comprata a danaro contante, ovvero a termine con interessi? Ciò non può esser dubbioso per chiunque abbia la menoma idea del modo come si trattano gli affari. Negare a colui il quale abbia così pagato più di cinque annate prima della scadenza del termine, e che si avvede del suo errore, il dritto di dimandare o la restituzione temporanea della somma, o che il venditore gli bonifichi lo sconto ossia interesse a principiare da che affaccia il suo reclamo sino al giorno ch' erasi convenuto pel pagamento, è un fargli pagare in sostanza quella parte del prezzo ch' eccedeva il giusto valore della cosa supponendo la vendita fatta a danaro contante, o a termine ma con interessi, cioè molti mille franchi di più; ed è un far profittare il venditore della sua mala fede, di non aver avvertito il debitore del di lui errore. Or ciò appunto noi non sapremmo ammettere: a parer nostro, il reclamo di quest'erede è ben fondato non solo in equità, ma anche in dritto.

114. Vorremmo anche che nei fallimenti o decozioni i quali rendono esigibili i debiti non maturati, si avesse riguardo alle epoche stabilite pel

pagamento de' detti debiti, quando non sieno produttivi d' interessi. Imperocchè se, per esempio, allorchè voi siete creditore di una somma di 10,000 franchi, pagabile in sei anni soltanto e senza interessi, ed io lo sono di simil somma la quale è maturata, voi ritraete dalla dividenda una parte uguale alla mia, l' uguaglianza non è osservata. Il vostro credito non valeva il mio, benchè fosse di ugual somma; non l' avreste certamente venduto allo stesso prezzo che avrei venduto il mio, prescindendo dalle sicurtà che fossero inerenti all' uno o all' altro. Se il vostro provvenga da una vendita che avete così fatta a lungo termine e senza interessi, ed il mio da vendita puranche, ma fatta a danaro contante, n' è motivo che le due cose non erano dello stesso valore, come devesi naturalmente supporre. Or il sistema che vi tratta assolutamente nello stesso modo è un sistema vizioso, il quale richiama l' attenzione del legislatore, per porre il dritto in armonia con tutte le sue parti. La cosa sarebbe facile: basterebbe a tal uopo, nelle distribuzioni e nei giudizj d' ordine, il diffalcare da ciascun credito a termine e non produttivo d' interessi una somma corrispondente all' interesse legale sino all' epoche stabilite pel pagamento: ciò sarebbe affatto giusto, ed anche uniforme ai canoni di una legislazione la quale attribuisce gran valore al godimento de' capitali. Il perchè affrettiamo coi nostri voti questo miglioramento; giacchè sarebbe un vero miglioramento.

115. Ed anche nello stato attuale della legisla-

zione, questo diffalco deve aver luogo qualora siensi cumulati gl' interessi futuri col capitale, come talvolta si fa, ed anche assai spesso, non ostante il divieto dell' editto del 1673, volgarmente chiamato *l' ordinanza sul commercio* (1). Per esempio, se mutuando io da voi una somma di 10,000 franchi per un anno con interessi al cinque per cento, mi facciate sottoscrivere puramente e semplicemente un biglietto di 10,500 fr. pagabile in un anno, ed a capo di tre mesi io cada in decozione o in fallimento, dovete essere ammesso alla distribuzione soltanto pel capitale di 10,000 fr. da voi mutuati, e per gl' interessi maturati sino al giorno della chiusura del processo verbale del giudice commessario. Circa al resto de' 500 fr. aggiunti nell' obbligazione per gl' interessi, lo reclamereste *sine causa*, attesochè la vostra condizione non dev' essere migliore di quella degli altri creditori i quali non hanno cumulato gl' interessi col capitale.

116. Abbiamo detto che il fallimento del debitore rende esigibili i debiti non maturati. Ecco in fatti ciocchè dispone l' art. 1188 c. c. = *1141 ll. cc.*:

(1) L' art. 1.° del tit. 6, di questa ordinanza vietava « ai negozianti, mercanti ed altri, di comprendere l' interesse colla sorte « principale nella lettera o biglietto di cambio o altro atto ».

Ciò era per assicurare più pienamente l' effetto della disposizione dell' articolo seguente, il quale vietava l'anatocismo, dicendo: « nè « i negozianti o mercanti, nè altri potranno prendere l' interesse « dell' interesse sotto qualsivoglia pretesto ».

Ma quest' ultima disposizione fu modificata dagli art. 1154 e 1155 c. c. = *1108 ll. cc.*, come si vede nel tomo precedente, n.° 494 e seguenti.

« Il debitore non può più reclamare il beneficio « del termine, quando si è reso decotto, o quando « per fatto proprio ha diminuito le cautele che « aveva date col contratto al suo creditore ».

L' art. 448 c. com. = *440 ll. ecc. com.* dichiara similmente che: « L' apertura del fallimento rende « esigibili i debiti passivi non iscaduti. Per riguar- « do agli effetti di commercio, pe' quali il fallito « si troverà essere uno degli obbligati, gli altri ob- « bligati non saranno tenuti se non a dar cauzione « pel pagamento alla scadenza, se non vogliano « piuttosto adempirvi immediatamente ».

E come lo abbiam detto più sopra, secondo l' art. 124 c. pr. = *218 ll. pr. civ.*: « Il debitore non « potrà ottenere una dilazione, *nè godere di quella* « *che gli fosse stata accordata*, se i di lui beni « saranno venduti ad istanza di altri creditori; se « troverassi in istato di fallimento, di contumacia « o di arresto; e finalmente se per fatto suo avrà « diminuito le cautele date per contratto al suo « creditore ».

117. Ma che mai intendesi qui per dilazione accordata? Quella forse accordata dal giudice, ovvero anche quella accordata dal creditore?

Pigeau (1) lo intese dell' uno e dell' altro, e Delvincourt (2) lo intese soltanto del termine di grazia, per ciò che riguarda i casi di vendita de' beni

(1) *Procedura civile*, lib. II, cap. 1.°, sez. 1.ª, § 1.

(2) *Corso del Codice civile*, tomo II, sull' art. 1188 c. c. = *1141 ll. cc.*

ad istanza di altri creditori, senza che nondimeno siavi decozione, e dell' arresto del debitore o del suo stato di contumacia.

Primieramente questo art. 124 segue a quelli coi quali il legislatore autorizza i giudici ad accordar dilazione per l' esecuzione della loro sentenza, il che prova ch' egli si occupa del termine di grazia.

In secondo luogo dovè il legislatore privare più facilmente un debitore del termine di favore che di un termine stipulato, senza il quale questo debitore non si sarebbe forse obbligato.

Del resto si conviene ch' è privato di questo termine, non solo quando essendo commerciante sia in istato di fallimento, ma anche allorchè non essendo commerciante sia caduto in istato di decozione (a); ed in tutti i casi allorchè col fatto proprio abbia diminuito le cautele da lui date col contratto al suo creditore. A tal riguardo gli art. 124 c. pr. = *218 ll. pr. civ.* e 1188 c. c. = *1141 ll. cc.* sonó ugualmente applicabili al termine stipulato che al termine di grazia. Nell' esposizione de' motivi del progetto di legge, Bigot de Preameneu diceva innanzi al corpo legislativo: « È manifesto che in « caso di fallimento o di *decozione*, il debitore non « dev' essere più autorizzato a reclamare il benefi- « cio della dilazione *da lui stipulata* ». Non avvi alcun dubbio su questo punto.

(a) Questi principj sono luminosamente sviluppati nella decisione della G. Corte Civile di Napoli de' 25 novembre 1835 nella causa tra *d' Amico* e *Mastellone*. Trad.

Ma un debitore, altronde solvibilissimo, può vedersi aggravato da un pegnoramento di mobili ed anche di stabili, seguito da vendita delle cose pegnorate. Un pagamento ritardato, un fallimento sofferto, una cattiva raccolta, ec., producono spesso gravi imbarazzi nella situazione di persone altronde molto al disopra de' loro affari, e che per questo motivo si chiamano *ricchi male agiati*. Lo stesso Codice civile prevede questa situazione nell' art. 2212 c. c. = *2118 ll. cc.*, ove è detto che se il debitore i cui immobili sono stati pegnorati provi con iscritture autentiche di affitto, che la rendita netta e libera de' suoi immobili nel corso di un anno basta al pagamento del capitale dovuto, degl' interessi e delle spese, e ne offra la delegazione al creditore; possono i giudici sospendere il procedimento, il quale potrà ripigliarsi, se sopraggiunga qualche opposizione o qualche ostacolo al pagamento. Ed il succennato art. 124 c. c. parla *della vendita de' beni* in modo generale; talmentechè se la sua disposizione dovesse applicarsi benanche circa a questo caso al debitore il quale abbia stipulato una dilazione, un semplice sequestro di derrate, di mercanzie o altre cose mobili, seguito da rendita, darebbe diritto a tutti i creditori a termine di domandare all' istante il loro pagamento, quantunque il debitore giustificasse appieno che lungi di essere decotto, è ancora perfettamente solvibile; imperocchè vi sarebbe *vendita de' beni ad istanza di altri creditori*, essendo i mobili beni al

pari degl' immobili, e non facendo questo articolo distinzione alcuna per riguardo alla specie di beni venduti. Ma tanto noi non potremmo ammettere; mentre in tal punto crediamo che l' interpetrazione di Delvincourt sia più uniforme al vero spirito di questo articolo. Un debitore non deve essere sì facilmente privato della dilazione da lui stipulata, come di un semplice termine di grazia. È chiaro altronde che riferendosi questo articolo ai due precedenti, statuisce sulla dilazione accordata dal giudice. In fatti non bisogna così di leggieri supporre che il Codice di procedura abbia voluto estendere le disposizioni del dritto o del Codice civile, ed il Codice civile non priva del beneficio della dilazione stipulata il debitore il quale non sia nè fallito nè decotto, e che non abbia col suo fatto diminuito le cautele da lui già date col contratto al creditore. L' art. 180 della consuetudine di Parigi definiva la decozione *lo stato di un debitore i cui beni mobili ed immobili non bastano ai creditori apparenti.* Ora, ripetiamolo, uno ed anche più pignoramenti, benchè seguiti da vendita, non provano per necessità tale stato.

Qualora si dicesse che questo art. 124 stabilisce una presunzione di decozione pel solo fatto che i beni del debitore son venduti ad istanza di altri creditori, e che la decozione produce la perdita di diritto alla dilazione anche secondo il nostro proprio parere; risponderemmo che ammettendo di essere stata tale l' intenzione la quale presedè alla compi-

lazione di questo articolo, è nondimeno evidente, confrontandolo con quelli che lo precedono, di aver voluto stabilire questa presunzione sol per riguardo al termine di grazia.

Siamo costretti di dir lo stesso pel caso in cui il debitore si trovi in arresto, se non sia altronde in fallimento o in istato di effettiva decozione, e se nettampoco abbia col fatto proprio diminuito le cautele da lui date col contratto al suo creditore. E faremo osservare che Pigeau il quale, come lo abbiamo detto, applicava indistintamente questo art. 124 tanto al caso della dilazione stipulata quanto ad un semplice termine di grazia, conveniva nondimeno che l'arresto di cui è parola in questo medesimo articolo dovesse intendersi dell'arresto per debiti, e non per delitto o per effetto di accusa. Ciò non è dubbioso: il legislatore dovè non ad altro pensare che all'arresto per debiti; dovè determinarsi in forza del motivo il quale gli fece stabilire che il debitore i cui beni sono venduti ad istanza di altri creditori, non può ottenere una dilazione nè goder di quella accordatagli, giacchè l'arresto per debiti stabilisce parimenti e forse anche con vie maggior forza, la presunzione dell' insolvibilità del debitore. Nondimeno siccome può darsi in fatto che l' arresto sia effetto di un momentaneo impedimento cagionato da perdite fortuite, se in realtà il debitore non era nè fallito nè decotto, e ciò fosse dimostrato, crediamo che non dovrebbe esser privato della dilazione che avesse stipulata con gli altri suoi creditori. In vano si

direbbe che il suo arresto è una diminuzione delle cautele che egli aveva loro dato coi contratti, in quanto che più non può dirigere i suoi affari come prima: si risponderebbe che questa diminuzione delle cautele di cui parla la legge deve intendersi di una diminuzione di cautele speciali, e non del caso in cui il creditore sia stato alla fede del suo debitore, non abbia stipulato alcuna sicurezza particolare, siasi contentato in somma dell'obbligazione o azione personale (1); altrimenti converrebbe finanche dire, e vie maggiormente, che la morte del debitore, allorchè dipenda da fatto suo, renda esigibili i suoi crediti a termine; che i suoi eredi sieno privati delle dilazioni stipulate, e ciò appunto non è stabilito in alcuna parte nelle nostre leggi. Del resto, tostochè il debitore è uscito di carcere, non avvi più luogo ad applicargli la disposizione di questo art. 124. Invano i creditori, anche quelli riguardo ai quali egli ha ottenuto un termine di grazia, direbbero che hanno acquistato diritto di richiedere il loro pagamento, e che un fatto il quale è ad essi estraneo, l'escarcerazione del debitore, non dovè loro toglierlo; giacchè si risponderebbe che l'articolo parla soltanto del debitore allora arrestato: *se sia in istato di arresto*, dice questo articolo; trattasi dunque d'una situazione attuale di cui regola l'effetto. Altronde più non esistendo la causa, l'effetto deve cessar con essa; *cessante causa, cessat effectus.*

(1) *V.* in sostegno di questo ragionamento una decisione della Corte di Aix del 16 agosto 1811; *Sirey* 15, 2, 126.

Circa al caso in cui il debitore sia contumace, avvi maggior dubbio, sempre per ciocchè riguarda la dilazione convenuta. Imperocchè non essendo più la sua persona pronta a rispondere delle proprie obbligazioni, ed essendo messi i suoi beni sotto sequestro (art. 471 c. istr. cr. = *467 e 473 ll. pr. pen.*), si può pretendere che il suo stato debba assimilarsi a quello di un debitore fallito o decotto, o almeno di un debitore il quale col proprio fatto ha diminuito le cautele da lui date col contratto al suo creditore. Pur tuttavolta non sapremmo risolverlo così riguardo alla dilazione stipulata, allorchè altronde la solvibilità del debitore non sia dubbiosa. I creditori al maturo de' loro crediti potranno dimandare il loro pagamento sì contra il consegnatario, che contra il debitor medesimo. I costui beni garantiscono l'adempimento delle sue obbligazioni. Il suo stato di contumacia non ne prescrive la vendita, come ha luogo nel caso di fallimento o di decozione, il che richiedeva in conseguenza che i creditori a termine, come gli altri, potessero farsi pagare, poichè tutti i beni di un debitore sono la comune garantia de' suoi creditori; art. 2092 c. c. = *1962 ll. cc.*

118. Ma nel caso di fallimento la legge non distingue se il credito sia garantito da un pegno, da un'ipoteca o da una cauzione, o se non trovisi accompagnato da alcuna di queste cautele: essa dichiara indistintamente che il credito è esigibile. Vero è che la Corte di Brusselles giudicò nel 5 dicembre

1811 (1), che il fallimento non rende esigibili i crediti ipotecarj. La Corte si attenne al motivo che l'art. 448 c. com.=*440 ll. ecc. com.* non priva del beneficio della dilazione i debitori solidali di colui il quale è caduto in fallimento, coll' obbligo per essi di dar cauzione pel pagamento alla scadenza. Ma questa disposizione, di cui siamo per parlare, non altera punto la quistione; imperocchè nei debiti solidali avvi altrettanti debiti quanti sono gli obbligati, se non *propter rem*, almeno *propter personas;* l. 9, § 2, ff. *de duobus reis stipul.*

119. Così, quando un debitore solidale si trova di aver perduto dritto alla dilazione per essere caduto in fallimento o in decozione, non è questo un motivo perchè gli altri ne sieno similmente privati; imperocchè nei debiti solidali nulla impedisce che uno de'debitori abbia un termine e l'altro no, ovvero ne abbia uno diverso; art. 1201 c. c. = *1154 ll. cc.* Or tuttociò che può dirsi riguardo al debitore privato del benefizio della dilazione, si è che deve considerarsi come se non gliene fosse stata concessa; ma ciò non fa che non sia pure accordata agli altri. E nelle obbligazioni di dritto civile, essi non sono obbligati a tal uopo di dar cauzione pel pagamento alla scadenza: ciò sarebbe un estendere la loro obbligazione. Così anche opina Pothier nel n.° 256 del suo trattato *delle obbligazioni*, ove cita un' antica decisione che giudicò in questo senso.

(1) *Giornale di giurisprudenza del Codice civile*, tomo XVIII, pag. 127.

L' art. 448 c. com. = *440 ll. ecc. com.* dice similmente che riguardo agli effetti di commercio pe' quali il fallito si troverà essere uno degli obbligati, gli altri non sono tenuti di pagare immediatamente; ma questo articolo vi appone nondimeno la seguente condizione: *se non vogliano piuttosto dar cauzione pel pagamento alla scadenza;* mentrechè noi opiniamo che nelle obbligazioni solidali di dritto civile, gli altri debitori non sieno anche tenuti a dar questa cauzione. Ed in fatti la disposizione di questo art. 448, il quale assoggetta gli altri debitori solidali a darla, se non vogliano piuttosto adempirvi immediatamente, è particolare al commercio, il quale richiede massima fiducia, ed in conseguenza tuttociò che può assicurare l'adempimento delle obbligazioni alla loro scadenza. Quindi non vediamo alcuna simile disposizione nel Codice civile.

120. Devesi dir lo stesso e pei medesimi motivi nel caso di cauzione di obbligazioni civili: il fideiussore deve godere il beneficio della dilazione stipulata, quantunque il debitore ne sia privato pel suo fallimento o decozione; giacchè egli può avere una dilazione, quantunque il debitore non ne abbia, o averne una maggiore di quella accordata a quest'ultimo; ed in conseguenza non v' è alcun ostacolo che conservi quella in considerazione della quale si obbligò, quantunque il debitore siasi messo col suo fatto nel caso di esserne privato: egli si è reso risponsabile soltanto pel pagamento al tempo convenuto. Tuttociò che rende esigibile il debito riguardo

al debitore non lo rende esigibile ugualmente riguardo al garante: per esempio, la rinunzia che il primo facesse al beneficio del termine con una nuova convenzione renderebbe esigibile il debito rispetto a lui, ma non rispetto al fideiussore il quale si obbligò sotto la condizione del termine, come devesi almeno supporre. L'obbligazione di un fideiussore non potrebbe essere più onerosa a tal riguardo di quella di un condebitore solidale.

Nondimeno dovrebbesi forse dire che il garante ha ugualmente perduto dritto al beneficio del termine, se non voglia piuttosto dar cautele, allorchè il debitore lo ha anch'egli perduto per aver diminuito quelle da lui date col contratto al creditore; imperocchè il fideiussore è evidentemente risponsabile dei fatti del debitore per tal riguardo, e tostochè costui deve pagare immediatamente a motivo di questi medesimi fatti, sarebbe assai nella natura della fideiussione che il garante vi potesse similmente esser sottoposto, ammenochè, come testè abbiam detto, non offrisse al creditore cautele idonee a garantire il pagamento alla scadenza, nel caso in cui il debitor principale non pagasse.

121. Si è detto che il debitore, il quale col fatto proprio abbia diminuito le cautele da lui già date col contratto al suo creditore, ha perduto dritto al beneficio del termine: tal sarebbe il caso in cui chi avesse ipotecato una selva cedua o una casa tagliasse quella o demolisse questa, mentre potrebbe essere costretto immediatamente al rim-

borso. Non avrebbe il dritto di prevalersi dell' art. 2131 c. c. = *2017 ll. cc.*, per godere ancora del beneficio del termine offrendo un supplimento d' ipoteca. Questo articolo dispone che « nel caso che l'im-
« mobile o gl'immobili presenti sommessi alla ipo-
« teca fossero periti o deteriorati, in modo che fos-
« sero divenuti insufficienti alla sicurezza (a) del
« creditore, questi potrà o chiedere nel momento
« il suo rimborso, o ottenere un supplimento d'i-
« poteca. » Qui si suppone che la perdita o i deterioramenti dell' immobile siano effetti di un caso fortuito, ed allora il debitore ha la scelta, o di somministrare un supplimento d' ipoteca, o di rimborsare fin da adesso il debito.. Ma deve fare l' uno o l' altro se il creditore lo richiede, giacchè costui ha contrattato sulla fede di una ipoteca: per lo che questa disposizione si applica soltanto alle ipoteche convenzionali, come l' indica la rubrica della sezione sotto la quale è posto. Ma quando il debitore abbia col fatto proprio distrutta la garantia da lui data al suo creditore, allora la sua mala fede gli rende applicabile il nostro art. 1188 c. c. = *1141 ll. cc.*, il quale pronunzia puramente e semplicemente la perdita di dritto al termine: il creditore può negarsi a ricevere una ipoteca sopra beni diversi da

---

(a) La diminuzione delle cautele, ai termini degli articoli 1141, 1145 e 1785 delle leggi civili, fa cessare le condizioni e tutte le dilazioni, rendendo per la nota clausola *res non in eodem statu permanet*, esercibile ogni azione, comunque dipendente da condizioni sospensive; l. 17, ff. *pro socio*; l. 38, ff. *cum quis*. Trad.

quelli convenuti. Se accade altrimenti quando per effetto di avvenimenti di forza irresistibile l'ipoteca non presenta più le cautele bastanti, n'è motivo che la legge non dovè privare del beneficio del termine il debitore sventurato e di buona fede: è già molto, e forse troppo, che ne sia privato quando non possa offrire un supplimento d'ipoteca.

122. Colui il quale ha ottenuto un termine dal suo creditore mediante frode, per esempio adoperando un mezzo il quale agli occhi della legge costituisse uno stellionato, deve considerarsi come se questo termine non gli si fosse concesso (1).

123. E il debitore il quale non dia le cautele promesse col contratto, benchè per impotenza, dev' essere assimilato al debitore che abbia col fatto proprio distrutto o diminuito quelle da lui date col contratto al suo creditore (2). Gli art. 1912 n.° 2 e 1977 c. c. = *1984 e 1849 ll. cc.* somministrano un argomento decisivo in favore di questo scioglimento. Tal sarebbe il caso in cui avendo un debitore promesso per garante una designata persona, non volesse questa obbligarsi per lui.

124. Un donatario d' immobili per anticipazione di eredità che gli abbia convenzionalmente ipotecati, e che di poi accetta l' eredità del donatario, si assoggetta pur con ciò alla collazione de' beni (art.

---

(1) Così giudicato dalla Corte di Pau nel 3 luglio 1807; *Sirey*, tomo XIV, parte 2, pag. 256.

(2) Decisione della Corte di Parigi del 2 maggio 1811. *Journal du Palais*, 2.° semestre 1811, pag. 198.

843 c. c. = *762 ll. cc.*), e questi medesimi beni rientrano nella massa franchi e liberi da ogni peso ed ipoteca imposti da lui (art. 865 c. c. = *784 ll. cc.*), salvo la facoltà che hanno i creditori di intervenire nella divisione per impedire che si faccia in frode dei loro dritti; *ibid.* Se dunque la divisione attribuisca quest' immobili ad un altro erede (1), è vero il dire che il donatario con la sua accettazione dell' eredità ha distrutto le cautele da lui date col contratto al suo creditore accordandogli ipoteche su questi medesimi beni, ed in conseguenza che ha perduto dritto al beneficio del termine. Può anche dirsi che col solo fatto della sua accettazione dell' eredità e prima della divisione, egli è nel caso di esser privato del termine, attesa l' incertezza sull' effetto di questa divisione. Tale incertezza è per sè stessa una diminuzione delle cautele del creditore ipotecario.

125. Le suddette risoluzioni non sono tuttavolta applicabili generalmente al caso d' ipoteca legale o giudiziale: l' art. 1188 c. c. = *1141 ll. cc.* parla della diminuzione delle cautele date *col contratto*, il che deve intendersi generalmente delle cautele speciali, e non della ipoteca stabilita dalla legge o risultante solo da una sentenza. In questi casi l'ipoteca non vien concessa dal debitore, almeno egli

(1) Imperocchè se cadessero nella sua porzione, le ipoteche da lui concesse sarebbero mantenute, e nella loro data primitiva, in virtù dell' art. 885 c. c. = *803 ll. cc.* Ciò appunto dicemmo trattando *delle collazioni*, nel tomo VII, n.° 404.

la concede indirettamente, in modo mediato, mentrechè l' articolo intende ad evidenza parlare di cautele concesse direttamente, col contratto stesso, e senza le quali il creditore non avrebbe contrattato: questo è almeno il parer nostro.

126. Si è più volte giudicato (1) che quante volte il debitore alieni uno degl' immobili convenzionalmente ipotecati al debito, se il prezzo dell' alienazione non basta a pagare il credito ipotecario per intero, il creditore ha dritto di dimandare fin da ora il suo pagamento, attesochè il debitore alienando ha messo questo creditore, nel caso in cui l' acquirente volesse purgare l' ipoteca, nella necessità di ricevere un pagamento parziale, contra la disposizione dell'art. 1244 c. c.=*1197 ll. cc.*, ed è questa una diminuzione de'dritti del creditore. In verità costui ha la facoltà di sopraimporre; ma primieramente, non altro è questa che una facoltà, di cui non gli si potè formare un obbligo; in secondo luogo il prezzo offerto non è forse capace di sopraimposta, e la sopraimposta nettampoco lo farebbe forse ascendere ad una somma bastante per soddisfare l'intero credito.

Nella specie giudicata dalla Corte di Amiens, la cui decisione fu confermata dalla Corte di cassazione, era anche a notarsi che l' ipoteca stabilita in forza di antico contratto, aveva luogo sopra immobili venduti mediante 170,000 franchi pagabili a

(1) *V.* la decisione della Corte di Amiens del 9 giugno 1808, e l' arresto di rigetto del 9 gennaro 1810 (*Sirey*, 1812, 1, 139), non che l'arresto di cassazione del 4 maggio 1812; *Sirey*, 1812, 1, 131.

termine, e per sicurezza di questo prezzo; che l' acquirente aveva soltanto distaccato il valore di 4,000 franchi da questi medesimi beni, e che il venditore sulla purgazione dell' acquirente parziale, aveva riscossi i 4,000 fr.; talmente che se la sua sicurtà trovavasi diminuita per effetto di questa vendita seguita dalla purgazione, il credito era anche diminuito nella medesima proporzione. Non ostante queste circostanze, la Corte prendendo per base la regola dell' indivisibilità dell' ipoteca, stabilita dall' art. 2114 c. c. = *2000 ll. cc.*, e che esisteva ugualmente nell' antico dritto (1), pronunciò la perdita di dritto al termine stipulato dall' acquirente. È questa una decisione rigorosa, bisogna confessarlo. La Corte si attenne del resto alla circostanza che l' ipoteca era convenzionale; e ne fece formalmente parola nei motivi della decisione.

E nella specie dell'arresto di cassazione, ugualmente sopraccitato, tutti i beni erano stati venduti, ma a diverse persone e parzialmente, e gli acquirenti non si erano pure posti peranco in grado di purgar le ipoteche allorchè il creditore reclamò il rimborso del suo credito, il quale non poteva esigersi in alcun tempo, il quale era in qualche modo una rendita costituita in perpetuo. Si allegò il motivo che avendo ciascuno di questi acquirenti il dritto di purgare, il creditore era per questo medesimo motivo esposto a ricevere pagamenti parziali.

---

(1) L. 19, ff. *de pignorib. et hypot.*; l. 65, ff. *de evictionibus.*

Quindi secondo tale giurisprudenza, la vendita o donazione di parte delle cose ipotecate convenzionalmente, ovvero la vendita o donazione di questi interi beni a molti, e parzialmente, produce la perdita di dritto al termine stipulato dal debitore, anche prima che l' acquirente siasi messo in grado di purgare.

127. Ma allorchè l' alienazione avviene della totalità delle cose per un solo e medesimo prezzo, il creditore che ha contro l' acquirente un' azione ipotecaria (art. 2114 e 2166 c. c. = *2000 e 2060 ll. cc.*), non ha più motivo di dolersi. La sua azione ipotecaria avrà lo stesso risultamento che se i beni fossero ancora in mano del debitore. Costui ipotecando, non si ha interdetto la facoltà di alienare: quindi l' art. 2167 c. c. = *2061 ll. cc.* dispone che il terzo possessore il quale non purgò gode de' termini e delle dilazioni accordate al debitore principale; il che suppone in conseguenza che quest'ultimo non ne sia privato col solo fatto dell' alienazione.

128. Nondimeno per conciliare questo dritto di alienare e ciocchè reclama l' equità e l' utile generale da una parte, cogli effetti dell' indivisibilità dell' ipoteca e il dritto che ha il creditore di potersi negare a ricevere un pagamento parziale dall' altra, non si dovrebbe dichiarare di aver il debitore perduto dritto al beneficio del termine, quando abbia alienato parzialmente gl'immobili ipotecati, o qualcuno tra essi, se non allorchè un acquirente si ponesse in grado di purgare il suo acquisto e fa-

cesse gli atti necessarj a tale effetto. Imperocchè sino a quel punto il creditore non prova l' inconveniente, sì esagerato di un pagamento parziale, e forse non lo proverà menomamente. I suoi dritti non verrebbero con ciò in alcun modo alterati: il rimedio sarebbe allora sì efficace che adesso. Non si priverebbe in tal modo un proprietario della facoltà di alienare parte de' suoi immobili, la quale alienazione può spesso esser necessaria, o per collocare un figlio, o per altra causa; e ciò nondimeno egli non oserà fare, per timore di essere forzato al rimborso del suo debito prima della scadenza, il che è non solo un verò male per lui in confronto del male presso a poco chimerico di cui si lagna il creditore, ma anche un vero pregiudizio pel ben pubblico, cui preme che la circolazione delle proprietà non sia per sì deboli motivi attraversata.

129. Del resto, anche nello stato attuale della giurisprudenza su questo punto, bisogna avere per indubitato che il debitore, facendo pure un' alienazione parziale de' beni ipotecati convenzionalmente, può prevenire la perdita di dritto al termine da lui stipulato. A tal uopo convenir deve col suo acquirente che costui non purgherà prima della tale epoca; e non essendo questa convenzione punto contraria alle leggi, riceverebbe la sua esecuzione; art. 1134 c. c. = *1088 ll. cc.* Il creditore non più avrebbe allora il pretesto di dire di essere esposto ad un rimborso parziale nel caso in cui l' acquirente volesse purgare, giacchè costui non potrebbe farlo pri-

ma della scadenza del termine, e se purghi effettivamente sol dopo il termine e se il debitore non paghi, l' alienazione prima del termine diviene una cosa indifferente: è come se fosse avvenuta dopo il maturo del debito.

Inoltre, anche fuori il caso di questa convenzione, se il prezzo di vendita della parte alienata bastasse pienamente ad estinguere il credito coi suoi accessorj, il creditore nettampoco avrebbe alcun pretesto di dolersi: non sarebbe esposto a ricevere un pagamento parziale nel caso in cui l'acquirente volesse purgare l'ipoteca, poichè vi sarebbe di che pagarlo interamente, come si suppone.

130. Circa alle rendite costituite in perpetuo, il debitore può essere costretto al riscatto: 1.° se cessa dallo adempire i suoi obblighi pel corso di due anni (consecutivi); 2.° se tralascia di dare al creditore le cautele promesse nel contratto; art. 1912 c. c. = *1784 ll. cc.*

E si può anche ripetere il capitale di una rendita costituita in perpetuo, nel caso di fallimento o di prossima decozione del debitore; art. 1913 c. c. = *1785 ll. cc.*

131. Fu del pari giudicato parecchie volte (1)

(1) *V.* in ispecie la decisione della Corte di Orleans, del 13 marzo 1810 (*Giornale di Giurisprudenza del Codice civile*, tomo XV, pag. 14); e l'altra della stessa Corte del 23 luglio 1817, confermata dalla Corte di cassazione nel 10 novembre 1818; *Sirey*, 19, 1, 273. Avemmo già occasione di citarle nel tomo I, n.° 64 spiegando l' art. 2 c. c. = 2 *ll. cc.*

che il rimborso del capitale di una rendita costituita in perpetuo si può ripetere per non essersi somministrata la rendita in due anni consecutivi, quantunque fosse stata essa costituita prima del Codice, se nondimeno la mancanza di somministrazione pei due anni (a) sia avvenuta vigente il Codice. A questa giurisprudenza si è principalmente dato per base che il Codice regola i fatti avvenuti sotto il suo impero, e che potè esso annettervi, senza vizio di retroattività, gli effetti giudicati utili nell' interesse generale; che il debitore essendo avvertito con la promulgazione dell' art. 1912 c. c. = *1784 ll. cc.*, degli effetti dell' inadempimento delle sue obbligazioni, deve a sè stesso imputare la necessità in cui si trova di rimborsare il capitale della rendita; che in tutti i tempi la condizione risolutiva fu tacitamente scritta nelle convenzioni sinallagmatiche, pel caso in cui una delle parti non adempisse alla propria convenzione, e che riguardo alle rendite il Codice non avea fatto altro che determinare soltanto un tempo, scorso il quale fosse lecito di dimandare lo scioglimento del contratto ed in conseguenza il rimborso del capitale. Potrebbesi nondimeno rispondere a ciò, che nell'antica giurispru-

—

(a) Non vi è luogo a rescindere un contratto di annua rendita qualora non siavi quella inosservanza dei patti dalla quale dipende per volontà dei contraenti la clausola risolutiva: *decis. della nostra abolita Corte di cassazione dei 14 gennaio 1845 tra* Mezzotero *e* Sollazzi. Trad.

denza il solo fatto della mancanza di pagamento delle annualità arretrate per due anni non dava luogo all' applicazione di questa regola; che le parti lo sapevano contrattando, e che applicandola oggidì ad un contratto antico, si dà realmente alla nuova legge un effetto che la legge antica non avrebbe prodotto riguardo a questo medesimo contratto, ed in conseguenza un effetto retroattivo. Ma discuteremo questo punto con maggiore estensione quando tratteremo delle *rendite costituite* (a).

SEZIONE III.

Delle obbligazioni alternative.

SOMMARIO.

132. *Che intendasi per obbligazioni alternative.*
133. *Continuazione.*
134. *Continuazione.*
135. *Continuazione.*
136. *Per dritto comune, la scelta appartiene al debitore.*
137. *Eccezione alla regola.*
138. *Il debitore non può costringere il creditore a ricevere parte di una delle due cose e parte dell' altra.*
139. *Ed i suoi eredi debbono accordarsi per pagare l' una o l' altra nel suo intero.*
140. *Osservazioni sui legati di annue prestazioni.*
141. *E sulle stipulazioni di questa specie.*
142. *In taluni casi l' obbligazione, benchè espressa in modo alternativo, è determinata ad una sola cosa.*

(a) Si osservi la nota al n.° 615 del XVII volume. Trad.

143. *O diviene determinata a questa cosa.*

144. *Vizio di una delle disposizioni dell' art. 1193 c. c.*

145. *Se il debitore abbia fatto offerte regolari di una delle due cose, è liberato.*

146. *Come debb' esser conceputa la dimanda nel caso in cui la scelta spetta al debitore.*

147. *Caso in cui la scelta appartiene al creditore, e disposizione dell' art. 1194 c. c.*

148. *Continuazione ed osservazione.*

149. *Se le due cose sien perite senza colpa del debitore e prima che fosse in mora, l' obbligazione è estinta.*

150. *Continuazione ed osservazione.*

151. *Differenza, per ciocchè riguarda la perdita delle cose, tra l'obbligazione alternativa e la vendita fatta a conto, a peso o a misura.*

152. *Seguonsi le medesime regole allorchè l' obbligazione alternativa comprenda più di due cose.*

153. *Che intendasi per obbligazioni* facoltative.

154. *Importante differenza.*

155. *Bisogna soprattutto attenersi all' intenzione delle parti o del disponente, per vedere se l'obbligazione sia alternativa o facoltativa.*

156. *Come dev' essere conceputa la dimanda in queste ultime.*

157. *Altre differenze tra queste diverse obbligazioni circa agli effetti.*

132. Talvolta l'obbligazione comprende molte cose, non come dovendo essere tutte pagate, ma soltanto come dovendo esserlo le une in mancanza delle altre, in modo che il pagamento di una o più tra esse estingue il debito; art. 1189 c. c. = *1142 ll. cc.*

Ciò vien espresso col nome di obbligazioni *alternative*, le quali non bisogna confondere con quelle che nella dottrina chiamansi obbligazioni *facoltative*, giacchè ne sono molto diversi gli effetti per più riguardi, come in appresso si dirà.

133. Perchè una obbligazione sia alternativa, bisogna che le diverse cose compresevi si trovino de-

signate con una particolare disgiunzione: per esempió, il cavallo baio o il cavallo bianco; giacchè se fosse detto: il cavallo baio ED il cavallo bianco, i due cavalli sarebbero dovuti entrambi e dovrebbero essere entrambi pagati (1).

134. Del resto se si trattasse di due diverse somme di danaro, o di due diverse quantità di cose della medesima specie, come 100 franchi o 50 fr., venti o dieci ettolitri di grano, l'obbligazione sarebbe pura e semplice, e soltanto della somma o della quantità minore: essa non comprenderebbe che ciò, sia qualunque l'ordine col quale si fossero designate le somme o le quantità; l. 12, ff. *de verb. oblig.*

Avverrebbe lo stesso se fosse detto: promettete di pagarmi 100 nel mese di gennaio o di febbraio prossimo? Egli è come se si fosse promesso pel termine più vantaggioso al debitore, ed in conseguenza pel più lungo; medesima legge.

135. L'obbligazione alternativa può non solo comprendere diverse cose, ma anche diversi fatti, ovvero fatti e cose. Bisogna purtuttavolta non confondere l'obbligazione alternativa e l'obbligazione con clausola penale: faremo notare le differenze parlando di queste ultime.

136. La scelta appartiene al debitore, se non sia

---

(1) In questo caso avvi pure altrettante stipulazioni quante sono le cose specificate nella convenzione; l. 29, *princip.* ff. *de verb. oblig.*; in vece che la convenzione di consegnare una bottega forma una sola stipulazione, giacchè non ha se non un solo *oggetto*, benchè vi sieno più *individui* in questo compresi (medesima legge).

stata espressamente accordata al creditore; art. 1190 c. c. = *1143 ll. ec.* (a).

(a) Il dritto di scelta, che nel modo di sopra espresso potea appartenere al debitore o al creditore diveniva irrevocabile quando la scelta erasi fatta (*) ed anche accettata, potendo prima dell'accettazione variare: l. 20, ff. *de opt. leg.*; Voet, *ibid*, *n.° 8.*; Thomas. *dessert. 112, de obligat. rei incertæ, § 36, tom. 4, pag. 106*, ed argomento tratto dell'art. 1164 delle leggi civili. In oltre quando la scelta non sia stata libera, ma bensì la conseguenza dell'errore o del dolo, può anche variarsi; Cuiacio lib. 8, *observ.* 35, e Pothier, *Trattato delle convenzioni*, n.° 255 e 256, riportano due esempj, che presenta il dritto romano di pagamenti eseguiti prima che il debitore conoscesse di competergli la facoltà di scegliere; quali esempj si rinvengono cioè il primo nelle leggi 19 ff. *de legat. 2, 32, § fin.* ff. *de condict. indeb.*, 1 Cod. *eod. tit.*, Inst. *de act.*, § *33*, ed il secondo poi nelle leggi 26, § 13 ff. *de condict. indeb.*, e 10 Cod. *eod. tit.* Colle prime leggi si dichiara, che l'erede il quale nell'ignoranza del codicillo aveva consegnato il quadro, nel mentre col codicillo gli si era data l'alternativa di consegnare il quadro o cinquecento soldi, offrendo questa ultima somma poteva ripetere il quadro. Giustiniano risolvette in tal modo la quistione uniformemente all'opinione di Giuliano espressa nella detta legge 32, ff. *de condict. indeb.*; dappoichè Celso ch'era della scuola dei Proculeiani nella citata legge 19, ff. *de legat. 2*, fu di opposto parere. Nelle ultime leggi poi lo stesso Giustiniano dispose anche secondo il sentimento di Giuliano, e contro l'avviso di Celso, cioè che colui il quale avesse pagato due cose perchè ingannato dalla copia di un titolo dove si conteneva la congiuntiva E in vece della disgiuntiva O, mentre era tenuto ad una sola cosa sotto l'alternativa, poteva, venuto in conoscenza del suo errore, ripetere una delle cose date a scelta di esso debitore, e non già a scelta del legatario, come opinava Celso. Trad.

(*) Anche nel fedecommesso, che per dritto romano si poteva lasciare *uni ex famiglia*, quando si consumava la *scelta* tutti gli altri rimanevano esclusi, e ciò pel principio che dalla legge 67, § 2, ff. *de legat. 2*, traggono gli scrittori, tra i quali *Merenda* (lib. 17, cap. 13, § 4), cioè che *de privatione ad abitum non datur regressus.* In questo caso venivano, sotto quel regime, in soccorso unicamen-

Ciò ha puranche luogo nelle vendite (1), non ostante la regola che ogni patto oscuro s'interpetra contra il venditore; art. 1602 c. c. =*1448 ll. cc.*

137. Nondimeno accade talvolta nei legati che la scelta appartiene al legatario ed in conseguenza al creditore, quantunque il testatore non gliel'abbia attribuita con dichiarazione espressa; ma ciò avvien quando abbia fatto il legato in termini che non lasciano alcun dubbio intorno alla sua volontà a tal riguardo: per esempio, se abbia detto: il tale *prenderà* il mio cavallo baio o il mio cavallo bianco. In vece che se avesse detto semplicemente: lego al tale il mio cavallo baio o il mio cavallo bianco, l'erede avrebbe avuto la scelta (2).

E non ostante la disposizione generale dell' art. 1190 c. c. =*1143 ll. cc.*, nèttampoco è dubbioso, a parer nostro almeno, che la scelta nei contratti potrebbe pure appartenere al creditore, quantunque non gli si fosse accordata in termini espressi: per esempio, come nel caso del legato, se fosse detto che il creditore *prenderà*, o *potrà prendere* il cavallo baio o il cavallo bianco, questa espressione

---

te la legge *cum avus* e quella *cum acutissimi*, le quali facendo sottintendere la condizione *si sine liberis*, chiamavano i figli dell'eletto che escludevano gli altri. Inoltre quando trattavasi di fedecommesso ordinato a favore di tutti gli *eredi* e *discendenti* dell'istituito, allora tutti quelli dell'ordine contemplato, giusta i § 5 e 6 della detta legge 67, ff. *de legat.* 2, conservavano l'abilità di reclamare il fedecommesso dopo esser mancato l'eletto a fronte dell'estraneo. Trad.

(1) L. 34, § 6, ff. *de contrah. empt.*

(2) *V.* tomo IX, n.° 259 e seguenti.

prenderà, o *potrà prendere*, gli attribuirebbe la scelta; giacchè per *prendere* bisogna che scelga. Qui non *riceve*, ma *prende*, e ciascuna delle cose è non solo *in obligatione et in solutione*, ma eziandio *in petitione*, in modo nondimeno che una di esse soltanto possa dimandarsi, una sola debb'essere pagata.

138. Quando il debitore ha la scelta, ed è questo il dritto comune, egli si libera consegnando una delle due cose promesse, ma non può costringere il creditore a ricevere parte dell' una e parte dell' altra (art. 1191 c. c. = *1144 ll. cc.*), ancorchè offrisse le due parti nel medesimo tempo.

Per la stessa ragione, se la scelta appartenesse al creditore, non potrebbe costui richiedere parte di una delle due cose e parte dell' altra.

139. E quantunque ciascun erede del debitore non debba che la sua parte ereditaria nei debiti divisibili (art. 1220 c. c. = *1173 ll. cc.*), nondimeno non potrebbe uno di essi costringere il creditore a ricevere la di lui parte nella cosa che volesse pagare, e l' altro erede la di lui parte in quella ch'egli scegliesse: dovrebbero accordarsi sopra una delle cose dovute, ed allora non dovendo ciascun di loro che la propria parte in questa cosa, potrebbe offrirla al creditore. Per esempio, se fossero dovuti 600 fr. o cento misure di grano, uno degli eredi non potrebbe contro la volontà del creditore pagare una parte della somma, e l' altro una parte del grano. Diversamente il creditore riceverebbe, contra la legge del contratto e contra la disposizione della leg-

ge generale, parte di una cosa e parte di un'altra, quando ne abbia stipulata una intera. Siccome il debitore non avrebbe potuto liberarsi in questo modo, gli eredi i quali non hanno che i suoi dritti, non lo possono di vantaggio, non ostante la divisione de' debiti fra loro; imperocchè questa divisione non ne cambia la natura (1). Se fosse morto il creditore lasciando molti eredi, il debitore nettampoco potrebbe contro la loro volontà pagare ad uno parte di una delle due cose, ed all'altro parte dell'altra cosa (2).

Vice versa, se la scelta appartiene al creditore, non può egli dimandare ad uno degli eredi del debitore la sua parte in una delle cose, e ad un altro crede la sua parte nell'altro oggetto; ma deve dimandare a ciascun di essi la sua parte nella medesima cosa. Qualora sia morto, i suoi eredi non possono puranche dimandare che una delle due cose, e ciascuno per la sua parte, o che agiscano contro il debitore, o che agiscano contro i suoi eredi. Torneremo a trattare questi punti, parlando delle obbligazioni divisibili ed indivisibili.

140. Nei legati di annue prestazioni, vi sono altrettanti legati quante annate (3), ammenochè l'intenzione del testatore che legò una somma pagabile

---

(1) L. 26, § 14, ff. *de cond. indeb.*, e l. 85, § 4, ff. *de verb. oblig.*

(2) L. 26, § 14, ff. *de cond. indeb.*, innanzi citata.

(3) L. 4, ff. *de annuis legatis*; l. 1, § 16, ff. *ad legem falcidiam*; l. 10, ff. *quando dies legati cedat.*

in molti anni, non sia stata soltanto, dividendola, di fare agevolazioni all' erede per soddisfarla, nel qual caso non vi sarebbe che un solo legato (1). Segue da ciò che nei legati di annualità il legato è puro e semplice per la prima annata, e vi si fa luogo in conseguenza nel giorno della morte del testatore, anche per tutto il dire di questa annata, quantunque il legatario morisse prima di finir l' annata (2); ammenochè tuttavolta il testatore non abbia avuto l' intenzione di legare a titolo di vitalizio giorno per giorno; ed il legato è condizionale per ciascun anno seguente come se fosse espressamente fatto sotto la seguente condizione: *Se il legatario viva al cominciar di questo anno;* in guisa che se muoia prima di tal' epoca, nulla più trasmette del legato ai suoi eredi (3).

Donde emerge pure che se il legato sia sotto una alternativa, per esempio, 100 franchi o venti misure di grano in ciascun anno, o in tutti gli anni per dieci annate (o vita durante del legatario, o dell'erede, o di un terzo, o finchè il tale avvenimento accada), l' erede, se non sia stata riservata la scelta al legatario, potrà pagare ora i 100 franchi, ora le venti misure di grano, e variare così nella scelta in ciascun anno. Per la medesima ragione il legatario, se la scelta gli appartenga, può variare puranche

(1) L. 12, § 4, ff. *quando dies legat.*
(2) L. 22, *eodem tit.*, per argomento.
(3) L. 4, ff. *de annuis legatis*, innanzi citata.

in ciascun anno; basta soltanto che il debitore del legato o i suoi eredi non offrano parte di una delle due cose e parte dell' altra, e che il legatario neanche dimandi parte dell' una e parte dell' altra.

141. Ma nelle stipulazioni di annue prestazioni *in singulos annos*, i giureconsulti romani non iscorgevano al contrario che una sola stipulazione, la quale passava intera agli eredi dello stipulante (1), ammenochè però non se ne fosse limitato l'effetto alla persona, nel senso che sarebbe stato dovuto soltanto ciocchè spettasse sua vita durante: donde convien desumere la conseguenza che nella ipotesi in cui l' obbligazione di annue prestazioni fosse alternativa, *puta* di 100 franchi o venti misure di grano in ciascun anno, per dieci anni (o durante la vita del debitore o del creditore, o di un terzo), il debitore, o il creditore se la scelta appartenesse a lui, non potrebbero alternare, e che quindi il primo pagamento determinerebbe la cosa dovuta, la quale dovrebbe in tal modo pagarsi in prosieguo; eccetto convenzione in contrario.

142. Siccome l'obbligazione per essere effettivamente alternativa deve comprendere molte cose, e disgiuntivamente, ne segue che se una di esse non potesse formar la materia dell'obbligazione, questa obbligazione è pura e semplice, cioè determinata unicamente all' altra cosa; art. 1192 c. c. = *1145 ll. cc.* Tal'è il caso in cui una di queste cose si tro-

(1) L. 16, § 1, *de verb. oblig.*

vasse di esser perita al momento del contratto, o per altra causa fosse fuori commercio. Tal' è puranche il caso in cui una delle due cose già apparteneva al creditore; ed anche quando in siffatta ipotesi non più gli appartenesse, il debitore che l'avesse di poi acquistata non potrebbe offrirla al creditore (1). Diversamente sarebbe se la stipulazione fosse di una cosa in generale, per esempio di un cavallo indeterminatamente: il debitore potrebbe offrire al creditore un cavallo che apparteneva a quest' ultimo al tempo della convenzione, e che indi fosse stato da lui acquistato (2).

143. E l' obbligazione contratta da principio sotto alternativa diviene pura e semplice, se una delle due cose promesse perisca e non possa più essere consegnata, quando anche ciò accada per colpa del debitore; art. 1193 c. c. = *1146 ll. cc.* Avvien lo stesso se il creditore per qualsivoglia causa divenga proprietario di una delle due cose: in questo caso puranche l' obbligazione rimane determinata all'altra (3).

Il debitore, abbenchè avesse la scelta, non può offrire in vece della cosa che rimane il prezzo di quella che più non può esser consegnata, quantunque fosse perita senza sua colpa; la scelta è perduta per lui. Nondimeno Cuiacio sulla l. 95, ff.

(1) L. 72, § 4, ff. *de solutionibus.*
(2) Medesima l. 72, § 4, ff. *de solutionibus.*
(3) L. 16, *princip.*, ff. *de verb. oblig.*

de soluto, risolve il contrario; egli cita in sostegno della sua opinione la l. 47, § 3, ff. *de legatis 1.°*, la quale in fatti sembra attribuire ancora la scelta al debitore; mentrechè le leggi 95, § 1, ff. *de solutionibus*; 34, § 6, ff. *de contrah. empt.*, e 2, § 3, ff. *de eo quod certo loco*, vogliono che sia consegnata la cosa che rimane. Ma Cuiacio pretende che queste leggi parlino del caso soltanto in cui il debitore abbia fatto perire la cosa, e non di quello in cui sia perita per forza irresistibile, abbenchè esse non facciano alcuna distinzione a tal riguardo. Che che ne sia, egli è evidente che il Codice si discostò in questo punto dal dettato della prima delle sopra citate leggi romane, come fu da Cuiacio interpetrata.

Ma, si dirà, perchè è tolta al debitore la scelta tra il prezzo della cosa perita e la cosa che rimane? imperocchè quando l' obbligazione è determinata ad un oggetto che sia perito per colpa del debitore, costui si libera tuttavolta col pagamento de' danni ed interessi, ed avvien lo stesso anche nell'obbligazione alternativa allorchè le due cose sien perite, ed egli sia pure in colpa riguardo ad una di esse soltanto. Si risponde che allora è questo il solo mezzo che abbia il creditore per trar vantaggio dalla convenzione: *Quoniam id pro petitore in pœnam promissoris constitutum est* (1). Al contrario nella specie rimane ancora una delle cose comprese nel-

(1) L. 95, § 1, *de solut.*, innanzi citata.

l'obbligazione, e questa cosa, come promessa puranche, doveva esser consegnata in mancanza dell'altra. Il ragionamento del debitore condurrebbe altronde all' assurda conseguenza, che deve esser puranche interamente liberato, se una delle due cose sia perita per caso fortuito; imperocchè siccome non ne può dovere il prezzo, l'obbligazione sarebbe evidentemente estinta, se egli fosse ammesso a dire che intese di consegnare questa cosa, perchè in fatti l' avrebbe potuto se non fosse perita. Or ciò sarebbe assolutamente contrario alla natura delle obbligazioni alternative, le quali abbracciano come oggetto tutte le cose che vi sono menzionate.

Ma da un' altra banda, ed abbenchè il debitore avesse fatto perire una delle cose per sua colpa, il creditore che non ha la scelta, come si suppone, non può chiedere il prezzo di questa cosa in vece dell' altra che valesse meno, quando anche questa fosse di poi perita. In tal caso sarebbe dovuto il prezzo di quella che fu l'ultima a perire; art. 1193 c. c. = *1146 ll. cc.* In vano si direbbe che se il debitore non avesse fatto perire la prima, essa si sarebbe trovata sola di poi nell' obbligazione, e che avrebbe dovuto essergli consegnata; il debitore potè determinare la sua scelta anche prima dell'epoca del pagamento, e tanto egli fece lasciando perire una delle cose, e soggettandosi così a consegnar l'altra; egli non era tenuto a pagare quella che lasciò perire.

144. Tuttavolta la seconda disposizione di que-

sto art. 1193 c. c. = *1146 ll. cc.* merita una spiegazione: essa dice che « se ambedue le cose son « perite, ed il debitore sia in colpa riguardo ad « una di esse, egli deve pagare il prezzo di quella « che fu l' ultima a perire ».

Questa risoluzione è giustissima quando la cosa che fu l' ultima a perire valeva meno della prima, ed anche quando valeva di più, ma sia perita per colpa del debitore, o dopo che fu costituito in mora; ma questa medesima risoluzione non è uniforme ai principj allorchè al contrario l'ultima cosa perita era di maggior valore e perì per caso fortuito. Imperocchè a che mai il debitore dev 'essere tenuto per la sua colpa? a riparare il danno da lui cagionato; ed in che mai consiste questo danno? nel valore della cosa che ei fece perire, e non nel valore di quella che fu l'ultima a perire e per caso fortuito. Indubitatamente per sua colpa si privò della scelta, ma ecco tutto. Laonde bisogna intendere la disposizione con questa distinzione, mentre tutte le regole la richieggono; l'articolo altronde non la esclude. E se le due cose sien perite nel medesimo tempo per colpa del debitore, o dopo che fu costituito in mora, può egli pagare il prezzo dell'una o dell' altra, a sua scelta; imperocchè in questo caso l' obbligazione non fu mai determinata ad una di esse in modo speciale.

145. Di più la prima disposizione dell' articolo dev'essere intesa con questo temperamento richiesto puranche dal dritto comune, che se il debitore offra

una delle due cose al creditore (a), e se quella da lui offerta sia in prosieguo perita per caso fortuito, non è obbligato di consegnar l' altra, nè il prezzo di quest' ultima, quando anche fosse perita per fatto suo. Coll' offerta di una delle due cose, l' obbligazione fu determinata a quella che venne offerta, e la perdita di questa cosa ha liberato il debitore (1).

146. L' atto della dimanda per essere regolarmente conceputo, deve comprendere tutte le cose indicate nell' obbligazione, con dichiarazione al debitore che può liberarsi mediante il pagamento di una di esse, a sua scelta.

Ecco quanto riguarda il caso in cui la scelta appartiene al debitore; vediamo ora quello in cui fu accordata al creditore.

147. O è perita una soltanto delle cose, ed allora se ciò sia accaduto senza colpa del debitore e prima che egli fosse in mora a consegnarla, il creditore deve ricevere quella che resta, e non può dimandare che questa; art. 1194 c. c.=*1147 ll. cc.*

Se il debitore sia in colpa, o sia stato in mora (quando altronde la cosa non sarebbe ugual-

---

(a) Se il debitore o il creditore cui può appartenere il dritto di scegliere siano trapassati senza fare tale scelta, la facoltà di scegliere, come ogni altro dritto od obbligazione passa ai loro eredi, secondo i principj racchiusi nell' art. 1076 delle leggi civili, sebbene Vinnio *(ad § 24,* Inst. *de legat. n.° 4*, ed Erzio *de elect. ex condict. alternativa, sect. 4, § 1)* abbiano cercato di sostenere che il dritto della scelta non si trasmetta agli eredi del creditore. Trad.

(1) L. 105, ff. *de verb. oblig.* Cuiacio sulla l. 95, ff. *de solutionibus.*

mente perita appresso il creditore, se gli fosse stata consegnata, art. 1502 c. c.=*1256 ll. cc.*), il creditore può chiedere la cosa rimasta, o il prezzo della cosa perita, a sua scelta; *ibid.*

O ambedue le cose sono perite, ed allora se il debitore è in colpa relativamente ad ambedue, il creditore può dimandare il prezzo dell' una o dell' altra, benanche a sua elezione; *ibid.*

148. L' articolo stabilisce puranche lo stesso pel caso in cui il debitore sia in colpa relativamente *ad una soltanto;* ma ciò eziandio è contrario alle regole: al creditore in questo caso non deve competere di dimandare il prezzo che della cosa soltanto riguardo alla quale il debitore è in colpa o in mora, sia oppur no più preziosa, e non il prezzo di quella perita per caso fortuito senza che quest' ultimo sia stato in mora a consegnarla. A ciò si limita il risarcimento del danno che il debitore gli ha cagionato per sua colpa. Questi non può ragionevolmente dovere il prezzo di una cosa perita per caso fortuito, abbenchè sia in colpa riguardo all' altra cosa; giacchè deve riparare soltanto il torto da lui cagionato, e ripararlo interamente; or egli non arrecò torto al creditore se non per rapporto alla cosa riguardo alla quale era in colpa o in mora.

Neanche devesi a tal riguardo fare distinzione alcuna tra il caso in cui quella perita per forza irresistibile e prima che il debitore fosse in mora a consegnarla, sia perita l' ultima, ed il caso in cui questa cosa sia perita la prima: in tutte le ipotesi,

il debitore non altra riparazione deve se non del torto da lui cagionato. Egli non potè indubitatamente privare il creditore del di lui dritto di elezione; ma non ne lo privò egli, bensì la forza irresistibile, di cui niuno è risponsabile vie più nelle obbligazioni alternative che nelle altre, eccetto stipulazione in contrario.

149. Se le due cose sien perite senza colpa del debitore, e prima che fosse in mora, l'obbligazione si estingue, in conformità dell' art. 1302 c. c. = *1256 ll. cc.;* e ciò tanto che la scelta appartenesse al creditore, quanto che appartenesse al debitore.

Sarebbe similmente estinta, ed in conformità dello stesso articolo, colla perdita delle due cose avvenuta per caso fortuito, ancorchè fossero perite dopo che il debitore fu costituito in mora, se ambedue indistintamente sarebbero ugualmente perite in mano del creditore, nel caso in cui essa gli fosse stata consegnata.

150. Quindi nel caso in cui le due cose periscano per forza irresistibile, ed in tempi diversi, quella che perisce la prima perisce necessariamente pel debitore, o che abbia egli la scelta, o che questa scelta sia stata riservata al creditore. Ma quella che è l'ultima a perire, perisce pel creditore, il quale non ne deve meno il prezzo se la convenzione sia a titolo oneroso, per esempio se sia una vendita; ed è lo stesso se le due cose periscano nel medesimo tempo; l. 34, § 6, ff. *de contrah. empt.*

151. In effetti non bisogna assimilare una vendita

fatta sotto alternativa, anche a scelta del venditore, ad una vendita di cose vendute a numero, a peso o a misura: in questa la perdita di tutte le cose, finchè non sono state numerate, pesate o misurate, vien sopportata dal venditore (art. 1585 c. c.=*1430 ll. cc.)*, perchè sino a quel tempo non si conosce ciocchè siasi venduto, *quid, quale, quantum veniit*, lo che rende condizionale la vendita (1). In vece che nella vendita sotto alternativa, la perdita per caso fortuito delle due cose comprese nella vendita è sopportata dal compratore rispetto ad una di esse, perchè sin da quando fu fatta la vendita si conosce ciò che fu venduto, quantunque non si sappia ancora ciocchè sarà consegnato; salvo però il caso in cui la vendita fosse fatta puranche sotto condizione sospensiva, e le cose perissero ambedue *pendente conditione;* imperocchè allora entrambe perirebbero pel venditore, ai termini dell' art. 1182 c. c.=*1135 ll. cc.*

152. Allorchè l' obbligazione alternativa comprende più di due cose, seguonsi le medesime regole (art. 1196 c. c. = *1149 ll. cc.*), sia che la scelta appartenga al creditore, sia che appartenga al debitore.

153. Ci rimane ad osservare le differenze che esistono tra le obbligazioni dette *facoltative* e le obbligazioni *alternative*.

---

(1) L. 35, § 5, ff. *de contrah. empt.*, e l. 8, *princip.*, ff. *de periculo et comm. rei vend.*

Intendonsi per obbligazioni *facoltative* quelle che hanno per oggetto una o più cose, con facoltà pel debitore di pagare una somma o un' altra cosa in vece di quella o di quelle che son dovute, ma senza che questa somma o questa cosa sia compresa nell' obbligazione come oggetto, come cosa dovuta. Mentrechè nelle obbligazioni alternative, tutte le cose sono comprese nell' obbligazione.

154. Si è veduto che in questi ultimi debiti, se una delle due cose comprese nell' obbligazione non potevane essere la materia, o più non potè posteriormente essere consegnata, l'obbligazione è determinata all' altra cosa, che debb' essere in conseguenza consegnata; al contrario nelle obbligazioni facoltative, se la cosa stessa indicata come oggetto della convenzione o della disposizione non ne poteva formare la materia, o più non abbia potuto essere consegnata, senza colpa del debitore, l' obbligazione o la disposizione fu nulla sin dal principio, o si estinse in prosieguo in modo che niente è più dovuto.

Da ciò segue che se vi avessi legato la mia casa, con facoltà nondimeno pel mio erede di liberarsi dalla prestazione di tale casa col pagamento di una data somma, e la casa fosse già perita al tempo del legato, o perisse posteriormente per caso fortuito prima che il mio erede si trovasse in mora a farne la tradizione, il legato sarebbe nullo o estinto, e non si dovrebbe la somma. Mentrechè lo sarebbe se il legato fosse stato fatto sotto questa alternativa: *Io dono e lego la mia casa o dieci mila franchi al tale.*

*

155. Questa forma di obbligazione o di disposizione facoltativa consiste comunemente nelle seguenti espressioni: *se il debitore (o il mio erede) non voglia piuttosto pagare la tale somma, o la tale cosa;* ed in altre frasi simili.

Ma nell'interpetrare queste clausole, che possono avere tant' affinità tra loro per ragione del modo con cui sono espresse, importa di ben attenersi alla verisimile intenzione de' contraenti o del disponente, anzichè arrestarsi al senso letterale delle parole di cui si fossero essi serviti; art. 1157 c. c.=*1110 ll. cc.* La compilazione degli atti, ed anche degli atti rogati da pubblici uffiziali, è talune volte sì oscura, sì intralciata, che non si potrebbe abbastanza stare a tale intenzione delle parti. Imperocchè anche servendosi di una circollocuzione la quale sembrasse indicare che una delle cose mentovate nell'atto il sia stato come essendo soltanto *in facultate solutionis*, nondimeno avranno voluto qualche volta contrarre un'obbligazione o fare una disposizione alternativa, intendendo dire semplicemente con ciò che avrebbe il debitore la scelta di liberarsi col pagamento di questa cosa come col pagamento dell'altra, ma volendole effettivamente comprendere ambedue nella obbligazione o nel legato.

E *vice versa* può accadere, ma ciò sarà più raro, che i contraenti o il disponente abbiano avuto l'intenzione di costituire un' obbligazione o una disposizione semplicemente *facoltativa*, anche valendosi di una forma di clausola che indicasse nondimeno un' obbligazione alternativa.

156. Nelle obbligazioni facoltative il creditore per procedere regolarmente, non deve, come nelle obbligazioni alternative a scelta del debitore, comprendere nella sua dimanda le due cose; lasciando al debitore la elezione di pagare quella che più gli aggradirà: egli non deve al contrario dimandare che la sola cosa compresa nell' obbligazione, e che è la sola dovuta; salvo al debitore di pagare in vece di questa cosa quella ch' è *in facultate solutionis*. Se avesse diversamente proceduto nel dritto romano, sarebbe incorso nella pena prescritta contra il *plus petitum*, la quale fino alla costituzione dell' imperatore Zenone, era di perdere la causa senza poter rinnovare la dimanda (1).

Ciò posto, il venditore il quale voglia intentare l' azione di rescissione per viltà del prezzo nella vendita di uno stabile, acciò proceda regolarmente, anche sotto l' alternativa ad elezione del compratore, non deve conchiudere per la rescissione del contratto o pel supplemento del prezzo: deve conchiudere semplicemente per la rescissione della vendita, salvo al compratore di usare della *facoltà* che gli accorda la legge, di ritenere l' immobile pagando il supplemento del giusto prezzo, dedottone il decimo del prezzo totale; art. 1681 c. c. = *1527 ll. cc.* (2).

---

(1) *V.* il § 33, Instit. *de actionibus*.

(2) *V.* nel tomo IV, n.° 98, ove stabiliamo la medesima dottrina, ed ove diciamo in conseguenza che l' azione è sopra stabili, nonostante il *considerando* di un arresto di *rigetto*, in cui contro tutte le regole vien qualificata *sopra mobili*.

157. Un' altra differenza tra le obbligazioni facoltative e le obbligazioni alternative, la quale differenza noi già avemmo occasione d' indicare altrove (1), per ciò che concerne la distinzione de' beni in mobili ed in immobili, si è che in queste ultime la natura dell' obbligazione si determina dalla natura di quella delle cose che vi sono comprese, e che fu soddisfatta; mentrechè nelle prime la natura dell' obbligazione è determinata dalla natura medesima della cosa che ne forma l' oggetto, e non dalla natura di quella che fu pagata in vece di quella che era dovuta, per ragione della facoltà accordata al debitore.

In guisa che nelle obbligazioni alternative, se vi sia una cosa divisibile ed una cosa indivisibile, o una cosa mobile ed una cosa immobile, la natura del dritto verrà determinato dalla elezione che farà il debitore (o il creditore se fu a lui riservata). Donde segue che se il creditore sia maritato in comunione, ed il debitore gli paghi la cosa mobile, o che esso creditore la dimandi perchè avesse la scelta, questa cosa cadrà nella sua comunione (2), tanto che il dritto abbia avuto origine prima del matrimonio o durante il matrimonio, e tanto che sia stato soddisfatto durante la comunione o dopo il suo scioglimento. Mentrechè se sia la cosa immobile quella che venga pagata dal debitore, o dimandata

(1) Nel tomo IV, n.° 98 e seguente.
(2) Pothier, *della comunione*, n.° 74.

dal creditore quando abbia egli la scelta, tale cosa non cade nella comunione di quest'ultimo; essa rimane di sua proprietà.

Se il creditore di una cosa mobile e di una cosa immobile, sotto alternativa, lega a Paolo i suoi mobili ed a Pietro i suoi immobili, il pagamento che verrà fatto dell'una o dell'altra cosa sarà quello che determinerà a quale de'due legatarj debba appartenere il dritto. Se la elezione apparteneva al testatore, che sia morto senza averla esercitata, e se i due legatarj non si accordassero, crediamo che l'emolumento del dritto dovrebbe dividersi, e non estrarsi a sorte, come si sarebbe praticato nelle leggi romane in casi analoghi, e di cui in appresso parleremo. Simile risoluzione per via della sorte non è ammessa nel nostro dritto quando puossi troncare la difficoltà in altro modo.

Se una delle cose sia divisibile e l'altra indivisibile, se la scelta appartenga al creditore ed egli scelga la cosa indivisibile, può convenire ciascuno degli eredi del debitore per lo intero (art. 1221 n.° 3 c. c. = *1174 ll. cc.*), come lo spiegheremo trattando delle obbligazioni divisibili ed indivisibili.

In vece che nelle obbligazioni facoltative, per esempio se io lego ad una persona maritata in comunione il mio giardino, *qualora il mio erede non voglia piuttosto pagargli dieci mila franchi*, il giardino è l'unico oggetto del legato: talmentechè se il mio erede preferisca di pagare i 10,000 fr., questi non entrano nella comunione del legatario se non col peso di

un compenso, perchè essi erano solamente *in solutione, sed non in obligatione* (1).

SEZIONE IV.

Delle obbligazioni solidali.

SOMMARIO.

158. *Generalmente i crediti ed i debiti si dividono tra coloro che hanno stipulato o promesso in altrettanti crediti o debiti quanti sono gli stipulanti o i debitori.*

159. *Questa regola riceve eccezione nel caso in cui il credito o il debito siasi contratto con solidalità, o sia indivisibile.*

160. *Divisione della sezione.*

158. Regola generale, allorchè molte persone stipulano con una o più altre persone una somma o un'altra cosa, ciascuna di esse non ha dritto all'utile dell'obbligazione che per la sua parte virile, e non può per conseguenza dimandare se non questa parte. E *vice versa* allorchè molte persone si obbligano verso una o molte altre, ciascuna di esse deve solo la sua parte virile nel debito, e non può essere convenuta che per questa parte.

159. Ma questa regola riceve una doppia eccezione, tanto riguardo ai creditori, che riguardo ai debitori:

1.° Allorchè l'obbligazione sia solidale tra i creditori o tra i debitori;

2.° Allorchè sia indivisibile.

(1) Pothier, *della comunione*, n.° 75.

Parleremo del secondo caso nella sezione seguente, per non confondere le obbligazioni indivisibili colle obbligazioni solidali, perchè i loro effetti sono differenti sotto moltiplici rapporti; per cui il Codice ha cura di dirci che la solidalità stipulata non imprime all'obbligazione il carattere d'indivisibilità (art. 1219 c. c. = *1172 ll. cc.*); ed in senso inverso l'indivisibilità dell' obbligazione non le imprime il carattere di solidalità. Del resto noi indicheremo successivamente le differenze ed i punti di somiglianza.

160. Nel primo paragrafo tratteremo della solidalità tra i creditori:

E nel secondo della solidalità tra i debitori.

§ I.°

Della solidalità tra i creditori.

SOMMARIO.

161. *Obbligazione solidale tra i creditori, secondo l'art. 1197 c. c.*

162. *I creditori solidali nel dritto romano sono generalmente chiamati* rei stipulandi, *ed i debitori solidali* rei promittendi.

163. *Che mai vi bisogna perchè l'obbligazione sia solidale tra creditori: conseguenze.*

164. *Continuazione.*

165. *Continuazione.*

166. *Continuazione.*

167. *Le obbligazioni civili solidali tra creditori sono rarissime nel dritto francese.*

168. *Taluni casi in cui queste obbligazioni sussistono.*

169. *Il credito può essere solidale tra molti venditori o locatori, senza che per ciò le loro obbligazioni, riguardo alla garantia, sieno solidali.*

170. *Generalmente nel nostro dritto l'utile dell' obbligazione deve dividersi tra i diversi creditori.*

171. *Per regola, era diverso nel dritto romano.*

172. *Continuazione della proposizione nell' uno e nell' altro dritto.*

173. *Ciascun creditore può dimandare l' intero, ed il debitore può pagare il tutto ad uno di essi, a sua scelta, finchè non sia stato prevenuto dalle procedure di un altro.*

174. *Secondo il Codice, uno de' creditori non può far rimessione se non della sua parte; derogazione alle antiche regole, ed obbiezioni contra il dettame del Codice.*

175 *Silenzio del Codice sull' effetto della novazione, della transazione, della compensazione e del giudicato, operata o intervenuti tra uno de' creditori ed il debitore.*

176. *Ciocchè devesi dire rispetto al caso di novazione.*

177. *E rispetto a quello di transazione.*

178. *E circa a quello di compensazione.*

179. *Ed in fine riguardo a quello del giudicato.*

180. *La prescrizione interrotta da uno de' creditori, o sospesa per la sua età minore, s' interrompe o si sospende puranche riguardo agli altri.*

181. *La dimanda d' interessi fatta da un d' essi, li fa decorrere a vantaggio di tutti.*

161. Secondo l' art. 1197 c. c. = *1150 ll.. cc.*, « l' obbligazione è solidale tra più creditori, quan-
« do il titolo espressamente attribuisce a ciascun di
» essi il dritto di chiedere il pagamento dell' in-
« tero credito, ed il pagamento fatto ad uno di
« essi libera il debitore, ancorchè l' utile dell' ob-
« bligazione si possa dividere e ripartire tra i di-
« versi creditori. »

162. Nel dritto romano i creditori solidali sono generalmente chiamati *rei stipulandi*, ed i debitori solidali *rei promittendi* (1).

---

(1) L. 1, ff. *de duobus reis. stipul. vel promitt.*

163. Perchè vi sia solidalità fra i creditori, è d'uopo che molti stipulino la medesima cosa (1), con la medesima persona (2), nel medesimo tempo, e nella evidente intenzione che la cosa sarà dovuta a ciascuno di essi per lo intero, in modo che non vi sia tuttavolta che una obbligazione rispetto a tutti considerati collettivamente: *una res vertitur, quamvis singulis totum debetur* (3). Imperocchè se ciascuno abbia stipulato cose diverse, abbenchè colla medesima persona, per esempio, uno la cosa, l'altro il prezzo di questa, vi sono tanti debiti quanti stipulanti, e ciò non più costituisce una stipulazione solidale (4).

Neanche avvi stipulazione solidale se diverse persone stipulino separatamente la medesima cosa con diverse persone, per esempio, se io stipulo con Paolo il tale cavallo, e voi in appresso stipulate con Filippo questo medesimo cavallo: vi sono allora due distinte obbligazioni, sotto tutti i rapporti, e che per conseguenza dovranno esser soddisfatte ambedue. Neppure vi sarebbe solidalità se stipulassi con Paolo il tale cavallo, e Filippo stipulasse in appresso anche con Paolo lo stesso cavallo (5), abbenchè ciò fosse dopo poco tempo, nel medesimo giorno: vi sarebbero similmente due obbligazioni, le quali do-

(1) L. 2, ff. *eodem. tit.*
(2) *Princip.* Instit. *eodem. tit.*
(3) § 1, Instit. *hoc tit.*
(4) Vinnio *ad princip.* Instit. *hoc tit.*
(5) *Princip.* Instit. *hoc titulo.*

vrebbero essere soddisfatte entrambe, ammenochè non si fosse detto, nel secondo atto che il pagamento che mi fosse fatto del cavallo libererebbe Paolo eziandio verso Filippo; ed anche con questa clausola non vi sarebbe ancora una perfetta obbligazione solidale tra creditori, giacchè la dimanda fatta da Filippo non impedirebbe a Paolo di darmi il cavallo.

Finalmente neppure vi sarebbe solidalità tra creditori, abbenchè fossero gli stessi individui quelli i quali stipulassero colla medesima persona la medesima cosa, e nel medesimo tempo, se il titolo non accordasse espressamente a ciascuno di essi il dritto di dimandare il pagamento dell'intero, come il dice l'art. 1197 c. c. = *1150 ll. cc.*

164. Ma che cosa mai debbe intendersi con ciò? A creder nostro, il titolo accorderebbe espressamente a ciascuno de' creditori il dritto di dimandare il pagamento dell' intero, se dichiarasse che la cosa *è dovuta a ciascun d' essi per lo intero;* giacchè il dritto di domandare il pagamento dell' intero non è che una conseguenza del dritto per ciascun creditore sul totale della cosa: le espressioni finali di questo articolo non sono di rigore. Laonde se il titolo dichiarasse che i diversi creditori stipulano, vendono, locano, mutuano *solidalmente*, vi sarebbe al certo solidalità tra essi, abbenchè l'atto non dicesse espressamente che ciascuno d'essi potrebbe richiedere il pagamento dell'intero; tale facoltà di domandare il pagamento dell'intero sarebbe un necessario risultamento della convenzione espressa di solidalità.

Si reputerebbe che le parti siensi rimesse alla legge per gli effetti di siffatta stipulazione.

165. Ma *quid* se in un atto ove figurano Paolo e Pietro come venditori di una cosa che loro è comune, essi stipulino semplicemente col compratore *che pagherà all' uno o all' altro il prezzo della vendita?* Siffatta stipulazione disgiuntiva stabilisce mai la solidalità tra i venditori o creditori? È questa la formale opinione di Vinnio, il quale così si esprime (1): CUILIBET VEL UTRIQUE NOSTRUM DARE SPONDES? *Dicam duorum reorum contractam obligationem.* Mentrechè, dice lo stesso giureconsulto, la copulativa non ha siffatta forza per sè stessa: donde emerge che se due persone stipulano, sebbene congiuntamente, una medesima cosa colla stessa persona, per esempio: *Promettete di pagare mille franchi a Paolo ed a me?* non avvi solidalità, eccetto convenzione speciale su tale oggetto: ciascun di noi non avrà il dritto di domandare che la sua parte, cioè nella specie 500 fr., e voi non potrete pagare a ciascuno che la sua porzione. Ma nel caso sopraccitato, le espressioni *all' uno o all' altro di noi* mostrano chiaramente che ciascuno de' venditori, creditore per lo prezzo, intese che gli potrebbe esser fatto il pagamento dell' intero di questo prezzo, e che l' uno e l' altro per la medesima ragione potrebbe richiederlo; ciocchè costituisce perfettamente un' obbligazione solidale tra creditori.

—

(1) Sul *princip.* Instit. *de duobus reis stip.*

166. Ed allorchè un' obbligazione commerciale sia stata sottoscritta a vantaggio di molte persone, sembrava a Pardessus (1) che quella la quale possiede il titolo avesse il dritto di chiedere il pagamento totale dal comun debitore, abbenchè il titolo non dichiarasse che ciascuna di esse avrebbe tal dritto. Ciò è particolarmente vero soprattutto allorchè i creditori sieno socj.

167. Del resto le obbligazioni civili di questa specie sono rarissime nel nostro dritto. Pothier dà per esempio quella che risulterebbe da un legato così conceputo, e di cui attinse la specie dalla l. 16, ff. *de legatis* 2.° (2): « Il mio erede darà ai Carme« litani o ai Domenicani, a sua elezione, una som« ma di 100 lire. »

168. Possonsi presentare altri casi, abbenchè la cosa stipulata fosse divisibilissima di sua natura. Per esempio, e come il dicemmo, se due persone mutuino ad una terza una somma che esse hanno in comune, con dichiarazione nell' atto che ciascuna di esse avrà il dritto di domandare l'intero pagamento, oppure semplicemente che il mutuo è fatto solidalmente, o che il debitore pagherà all'uno o all'altro de' mutuanti, vi sarà effettivamente solidalità fra i creditori.

Avverrà viemaggiormente lo stesso se due com-

(1) Corso di *Dritto commerciale*, tomo 2, n.° 181, edizione del 1821.

(2) *Si Titio et Seio* UTRI HERES VELLET, *legatum relictum est: hæres alteri dando, ab utroque liberatur: si neutri dat, uterque perinde petere potest, atque si ipsi soli legatum foret, nam ut stipulando duo rei constitui possunt, ita et testamento potest id fieri.*

proprietarj di una cosa non capace di divisione senza che sia distrutta la sua sostanza, per esempio un cavallo, prestino congiuntamente questa cosa, o l'affittino o la vendano con una di queste clausole nell'atto.

169. Ma in simili casi di vendita o di affitto di un corpo certo, ed in cui il contratto, come perfettamente sinallagmatico, produce obbligazioni da entrambe le parti, vi sarà forse ugualmente solidalità tra i venditori ed i locatori per le obbligazioni che devonsi da essi adempiere, abbenchè nell'atto nulla trovasi detto di positivo su tale oggetto, e tutto siasi limitato ad una delle sopraenunciate clausole? Ciò non ci sembra dubbioso, se siasi detto che l'affitto, o la vendita era fatta *solidalmente*: questa espressione, eccetto convenzione in contrario, regola tanto le obbligazioni de' venditori e de' locatori, che il loro credito pel prezzo, poichè il suo effetto non fu limitato a quest'ultimo oggetto. Ma sarebbe diversamente, a creder nostro, se si fosse detto semplicemente che ciascuno de' venditori o locatori potrebbe dimandare il pagamento dell' intero prezzo della vendita o della locazione: in simil caso la solidalità non parrebbe stabilita passivamente, ma soltanto attivamente, cioè tra i venditori o locatori considerati come creditori del prezzo, ma non considerati come debitori, circa all'obbligazione di consegnare e far godere.

170. Generalmente nel nostro dritto l'utile dell'obbligazione deve dividersi tra i diversi creditori,

poco importa a chi siasi fatto il pagamento volontario, e poco importa puranche contro chi fu prodotta la dimanda giudiziale per ottenerlo. Devonsi considerare i creditori solidali come soci rispetto al credito, e si reputa di aversi dato reciprocamente mandato per chiederne o riceverne il pagamento per lo intero, col peso di tener conto in prosieguo dell' utile dell' obbligazione.

171. Nel roman diritto puranche chi avea ricevuto il credito lo divideva cogli altri creditori, ma ciò accadeva quando questo credito proveniva da una cosa comune a tutti; allora spettava ai creditori l' azione *pro socio* contra chi aveva ricevuto il pagamento. Ma se il credito avesse avuto altra causa, chi ne avea ricevuto la somma la riteneva intera, perchè non aveva ricevuto se non ciocchè eragli dovuto, competendogli dritto all' intero; salvo tuttavia convenzione o disposizione in contrario da parte degli stipulanti, o del testatore.

E risolveasi lo stesso, in senso inverso, riguardo alle obbligazioni solidali tra debitori: a chi aveva pagato l'intero debito non competea regresso contra i suoi condebitori se non quando era esso comune a tutti, come proveniente dalla loro società o da una cosa che loro era comune; e salvo puranche convenzione in contrario da loro parte, ed il dritto risultante dalla cessione delle azioni del creditore al debitore che l' aveva pagato.

Ma, per regola, quel creditore che aveva ricevuto il pagamento, o quel debitore che lo aveva fatto,

non era obbligato di dividerne il valore, o non avea regresso contra gli altri debitori. La l. 62, *princip.* ff. *ad legem falcidiam* non lascia alcun dubbio su questi differenti punti (1). Si suppone in questa legge che un creditore o un debitore solidale sia morto, dopo aver fatto col suo testamento diversi legati. Nel calcolo della *quarta falcidia* che produceva una riduzione sui legati allorchè essi eccedevano i tre quarti dell'eredità, per lasciare il quarto franco all'erede, si deducevano precedentemente i debiti, e si comprendevano come di ragione i crediti nell'attivo. Or il credito o il debito solidale del testatore non si aveva al momento in alcuna considerazione, perchè era incerto se il primo sarebbe pagato all'erede, o se il secondo verrebbe da lui pagato; e nulladimeno se tal credito o tal debito avesse dovuto dividersi, dopo il pagamento, tra l'erede e gli altri creditori o debitori solidali, si sarebbe dovuto in qualunque circostanza computare nel capitolo dell'attivo della eredità la parte dell'erede nel credito, e nel capitolo del passivo la sua parte nel debito. Così anche sarebbesi praticato se il credito o il debito fosse provenuto da una società o comunione, perchè allora se ne sarebbe fatta la riparti-

(1) Nondimeno Vinnio sul § 1.°, Instit. *de duobus reis*, dice invocando taluni testi in forma di argomento, che *æquitatis causa*, il creditore solidale che aveva ricevuto l'intero credito doveva in generale dividerlo cogli altri creditori; e *vice versa* che a quel debitore solidale che aveva pagato il debito, competeva generalmente un regresso contra i suoi condebitori per le loro parti.

zione tra i socj e l'erede del defunto. Questa legge lo dice positivamente.

172. Nella specie della l. 16, ff. *de legatis* 2.°, innanzi citata, in cui un testatore legò a Tizio o a Seio, *utri hæres vellet* (all'uno o all'altro, a scelta dell'erede), sicuramente puranche colui al quale veniva pagato il legato non era tenuto di dividerne l'utile coll'altra persona; e non iscorgiamo perchè sarebbe diversamente nel nostro dritto in simil caso, se dal complesso della disposizione, o da qualche particolare circostanza, risultasse la pruova che l'intenzione del testatore, lasciando all'erede l'elezione di quella delle due persone a cui volesse pagare la somma o consegnare la cosa, non fu di lasciargli semplicemente la facoltà di fare il pagamento all'una o all'altra, ma di attribuire ancora l'utile del legato esclusivamente a quella alla quale egli ne facesse la tradizione.

Da un passo del discorso dell'oratore del governo (1) avente incarico di presentare il progetto di legge al corpo legislativo, sembrerebbe eziandio che l'obbligazione di dividere il credito non risultasse che da una convenzione a tal uopo. Egli si esprimeva così: « Questa facoltà accordata a ciascuno dei « creditori di domandare il pagamento dell'intero, « *e la convenzione che essi avessero fatto nel me-* « *desimo tempo di dividere tra loro l'utile della* « *obbligazione*, non hanno nulla d'incompatibile. »

(1) Bigot-Preameneu.

Quindi sembrerebbe risultare da queste ultime espressioni che fosse necessaria una convenzione perchè l'utile dell' obbligazione dovesse dividersi tra i diversi creditori dopo che ne sia stato fatto il pagamento ad uno di essi. Tuttavolta ciò non è vero nei casi ordinarj, in quelli in cui la causa della obbligazione proviene da una cosa comune ai diversi creditori, o dai loro rispettivi lavori, in somma in tutti quelli in cui essi fecero o somministrarono qualche cosa per ragion della quale il debitore si obbligò. Negli altri casi, come quelli di donazione o di legato, si presumerà puranche generalmente essere stata intenzione del donante o testatore che l'utile del dritto fosse divisibile, ammenochè dai termini dell' atto e dalle particolari circostanze non risultasse al contrario di aver egli voluto che colui al quale fosse pagata la cosa potesse ritenerla intera; imperocchè dicendo l'art. 1197 c. c. = *1150 ll. cc.*, *ANCORCHÈ l'utile dell' obbligazione si possa dividere e ripartire tra i diversi creditori*, lascia in fatti chiaramente intendere che così non avviene in tutti i casi: questa espressione *ancorchè* sembra fare una supposizione, ciocchè per conseguenza permette di ammettere la supposizione contraria. Ma avverrà molto di rado che l'utile dell' obbligazione non si possa dividere e ripartire tra i diversi creditori.

173. Vediamo ora quali sieno gli altri effetti di queste specie di obbligazioni.

Non solamente ciascun creditore può dimandare

*

il pagamento dell'intero credito al debitore, ma ancora questi ha la scelta di pagare o all' uno o all'altro de' creditori, quando non sia stato prevenuto da uno di essi con procedure; art. 1198 c. c. = *1151 ll. cc.*

In conseguenza è liberato rispetto a tutti con offerte regolari, seguite da deposito, fatte all' uno o all'altro, quando non sia stato prevenuto dalle procedure che un altro avesse fatto; e la cosa così offerta rimane a rischio de' diversi creditori; art. 1257 e 1258 c. c. = *1210 e 1211 ll. cc.*

Intendesi qui per *procedure*, non solo una dimanda giudiziale, ma ancora un precetto fatto in virtù di titolo esecutivo, ed anche una semplice intimazione per pagamento; giacchè questa eziandio è una procedura.

Tuttavolta le procedure intentate prima della scadenza del debito non possono togliere al debitore il dritto che ha di pagare o all' uno o all' altro dei creditori, a sua scelta.

174. Abbenchè ciascun creditore il sia di tutto il credito, e possa in conseguenza ricevere il pagamento dell'intero, nondimeno, secondo il Codice, non può fare rimessione del debito se non per la sua parte (art. 1198 c. c. = *1151 ll. cc.*), nè deferire il giuramento se non puranche per la sua parte; art. 1365 c. c. = *1319 ll. cc.*

Ciò sembra poco in accordo colla regola che ciascun creditore lo è del totale; ma si credè che uno di essi non dovesse aver dritto di nuocere agli altri con

una rimessione che in sostanza sarebbe una liberalità. E circa al giuramento, si considerò come un patto di rimessione condizionale. Si opinò puranche che potrebbe facilmente avvenire che uno de' creditori dichiarasse di fare remissione al tempo stesso che riceve il credito, oprando di concerto per tal riguardo col debitore, al quale accordasse qualche diminuzione.

Nell' antico dritto la rimessione fatta da uno dei creditori solidali liberava il debitore al pari del pagamento; ed il giuramento deferito da uno di essi e prestato dal debitore, sul fatto del debito, produceva puranche la intera liberazione. Tal' era la dottrina di Molineo e di Pothier: era essa fondata sul dritto romano (1).

Si obbiettò da taluno che non vi sarebbe cosa più facile pel creditore quanto il rilasciar quietanza come

---

(1) *Acceptilatione unius tollitur obligatio;* l. 2, ff. *de duob. reis stip. vel promitt.;* e l. 13, § *fin.* ff. *de acceptilatione.*

In duobus reis stipulandi, ab altero delatum jusjurandum, etiam alteri nocebit; l. 28, *princip.* ff. *de jurejur.*

Ma il semplice patto di rimessione fatto da uno de' creditori col debitore non poteva essere opposto agli altri, neanche per alcuna parte del debito; l. 27, ff. *de pactis.*

Siffatta differenza tra la rimessione col mezzo dell' accettilazione e la rimessione con semplice patto, dipendeva dacchè la prima era un modo di liberazione di pieno dritto; mentrechè il patto non produceva che una semplice eccezione, i cui effetti erano limitati alle parti, ai loro eredi e fideiussori, se tuttavolta ancora non fossero stati limitati alla sola persona delle parti.

Riguardo al giuramento, dice Cuiacio, chi giura di non dover cosa alcuna è considerato come chi nulla deve; era dunque questo benanche un modo di liberazione che disobbligava il debitore verso gli altri creditori.

se fosse stato pagato; ma a ciò si rispondono due cose. Se rilascia una quietanza, confessa con ciò pure di aver ricevuto il pagamento, e sarebbe obbligato di renderne conto agli altri creditori, tranne, lo che sarà infinitamente raro, come lo abbiam detto, se l' utile dell' obbligazione potesse dividersi tra essi. Mentrechè se avesse avuto dritto di far rimessione dell' intero credito, nulla sarebbesi dovuto dividere, non avendo nulla ricevuto; ed in tal modo egli avrebbe fatto una liberalità in pregiudizio del dritto degli altri, almeno così risguardarono la cosa gli oratori del governo; giacchè supposero che in tal caso gli altri creditori non potrebbero da lui dimandar cosa alcuna. Ciò del resto non sarebbe stato vero nei casi (cioè quasi sempre) in cui l' obbligazione aveva per causa una cosa comune tra i diversi creditori; imperocchè allora chi avesse fatto la rimessione sarebbe stato obbligato di rendere indenni i suoi consocj del danno da lui ad essi ragionato colla rimessione, poichè il socio che col suo fatto cagiona un danno alla società deve ripararlo. Ma ciò sarebbe stato vero nei casi rarissimi in cui l' utile dell'obbligazione non avesse potuto dividersi; e tuttavolta non si volle, anche in questi casi, accordargli la facoltà di distruggere il dritto degli altri con una semplice rimessione, poichè il Codice non fa distinzione alcuna. Crediamo che in ciò non siasi stato molto conseguente; giacchè in simile ipotesi doveva essere indifferentissimo che il debitore fosse stato liberato con una gratuita rimessione

o che realmente avesse pagato il debito. Checchè ne sia, la rimessione non ha effetto che per la parte di colui il quale la fece. In secondo luogo se rilasciò una quietanza per pagamento, quando nulladimeno egli non fece che una rimessione, gli altri creditori saranno ammessi a provare la simulazione, anche nel caso in cui l'utile dell' obbligazione non potesse dividersi, poichè egli non poteva rimettere se non la sua porzione; e nel caso in cui l'utile dell'obbligazione potesse dividersi, essi avrebbero interesse eziandio a provare la simulazione, se fosse insolvibile. Potrebbero far interrogare il debitore sui fatti e loro circostanze, e deferirgli il giuramento.

175. Il Codice non parla dell' effetto della novazione o della transazione fatta da uno de' creditori solidali col debitore, nè del caso nel quale potendo costui opporre la compensazione ad uno di essi, fosse convenuto da un altro, nè finalmente dell'effetto del giudicato intervenuto tra lui ed uno de' creditori soltanto, e che gli desse congedo sopra un mezzo diverso dal giuramento deferito da questo creditore.

Bisogna forse conchiudere da tal silenzio del Codice su questi punti, quando altronde si è spiegato sugli effetti della rimessione fatta da uno de' creditori soltanto, e sugli effetti del giuramento deferito da uno di essi, di aver inteso che tutte le altre cause di estinzione del debito che il debitore potesse invocare contra uno de' creditori, lo liberino similmente rispetto agli altri?

Siamo generalmente indotti ad opinare così; ma nondimeno con talune restrizioni.

Percorriamo i diversi casi di sopra enunciati.

176. Primieramente circa alla novazione effettuata tra uno de' creditori soltanto ed il debitore, i giureconsulti romani non furono di accordo. Paolo e Labeone nella legge 27, *princip.* ff. *de pactis.*, sostenevano che la novazione fatta tra il debitore ed uno de' creditori non potesse opporsi agli altri, attesochè, dicevano quei giureconsulti, gli effetti della solidalità consistono soltanto nella facoltà che ha ciascun creditore di dimandare l' intero credito, e ricevere il pagamento del totale (1); ma è lecito ad uno di ricevere il pagamento di un debito, senza poterne fare nondimeno novazione: specialmente *l' adjectus solutionis gratia* ha qualità per ricevere il pagamento, e non per fare novazione (2).

Venuleio al contrario opina nella l. 31, § 1, ff. *de novationibus*, che la novazione fatta con uno de' creditori solidali estingue il debito anche rispetto agli altri, i quali in conseguenza non possono più dimandare la soddisfazione della prima obbligazione, nè pretender nulla per la seconda, poichè è una convenzione ad essi estranea. Così, dice Venuleio, se uno de' creditori delega il debitore comune al proprio creditore, verso il quale questo debitore si

(1) Poteva puranche, come il dicemmo, deferire con efficacia il giuramento per lo intero, anche rispetto agli altri creditori; l. 28, *princip.* ff. *de jurejur.*

(2) Medesima l. 27, e l. 10, ff. *de novat.*

obbliga per essere liberato dal debito, non si scorge perchè non sarebbe effettivamente liberato come se ne avesse fatto il pagamento, poichè il pagamento di questa nuova obbligazione, o anche l'obbligazione non ancora seguita da pagamento, è per lui come il pagamento del debito primitivo.

Cuiacio credè sì difficile il togliere questa contrarietà di opinioni, che non teme di confessare che egli esterna con incertezza la sua opinione, favorevole del resto al parere di Venuleio.

Se nel dritto romano, in cui ciascun creditore solidale poteva far rimessione al debitore per l'intero credito, usando il modo dell'accettilazione, i giureconsulti non erano di accordo sull'effetto della novazione fatta da un d'essi soltanto, abbenchè per regola generale la novazione sia una immagine del pagamento, come lo era l'accettilazione, e ne produca gli effetti (1), per parità di motivi si dovrebbe dire, nel nostro dritto, in cui la rimessione non estingue generalmente il debito se non per la parte del creditore che l'ha fatta, che la novazione avvenuta tra uno de' creditori soltanto ed il debitore non può opporsi agli altri creditori, se non per la parte unicamente di colui che la fece (a); imperocchè per

(1) L. 1, *princip.*, e l. 31, § 1, innanzi citata, ff. *de novationibus*.

(a) Secondo le leggi in vigore, i creditori solidali, a differenza del dritto romano, sono considerati come mandatarj l'un dell'altro per esigere il pagamento del debito, e non già come proprietarj del debito. Quindi il creditore solidale, non può, come poteva per dritto romano, rimettere, compensare, novare l'intero, meno per la sua rata, sebbene potesse ricevere il pagamento dell'intero debito. Trad.

questa parte essa vale necessariamente rimessione della prima obbligazione, salvo in appresso al debitore di tener ragione al creditore col quale la fece di una parte corrispondente nel nuovo debito.

Ma se per una causa qualunque l'utile della prima obbligazione non si potesse dividere tra i diversi creditori, non iscorgiamo perchè questa novazione non farebbe le veci di pagamento rispetto a tutti, giacchè essa non arrecherebbe loro alcun danno. Ed anche nel caso in cui l' utile dell' obbligazione deve dividersi, se la seconda obbligazione fosse soddisfatta prima delle procedure fatte da un altro creditore, questo pagamento, a parer nostro, dovrebbe liberare il debitore anche rispetto a tutti; giacchè il primo debito si troverebbe allora effettivamente pagato, abbenchè con una cosa diversa da quella che ne formava l'oggetto. In fatti ciascun creditore aveva qualità per ricevere il pagamento del totale, e la legge non gli vietava in questo caso del pari che nei casi di obbligazioni ordinarie, di ricevere una cosa in vece di quella primitivamente dovuta: il dritto romano neanche il vietava. Soltanto il creditore dovrebbe di poi render conto agli altri, secondo i loro rispettivi dritti, come risultassero dal loro contratto. Questo creditore ed il debitore non potevano essi altronde, subito dopo il pagamento della cosa compresa nella prima obbligazione, permutarla con quella che fu pagata in soddisfazione della seconda? che mai importa, posto ciò, che abbian fatto dal principio cambio di obbligazione?

E nel caso preveduto da Venuleio, in cui uno de' creditori solidali ha fatto novazione col debitore, per l'obbligazione da questo contratta verso un terzo col consenso di tal creditore, il quale lo delegò a questo terzo, non vediamo perchè siffatta novazione non libererebbe interamente il debitore verso tutti gli altri, anche nel caso in cui l'utile dell'obbligazione si potesse dividere, giacchè non è dessa una rimessione; ma in quest' ultima ipotesi il creditore dovrebbe render conto agli altri della somma del debito primitivo, di cui si reputerebbe di aver ricevuto il pagamento mediante la delegazione da lui fatta a favore del terzo da esso indicato.

177. Il caso di transazione fatta da uno de' creditori solidali dovrebbe in generale risolversi nel medesimo modo che quello di novazione, e con la succennata distinzione.

178. Circa alla compensazione, la quistione è più delicata a motivo della disposizione dell'art. 1294 c. c. = *1248 ll. cc.*, il quale dice nella sua ultima parte, che il debitore solidale non può opporre la compensazione di ciò che il creditore deve al suo condebitore. Fu così considerato questo modo di estinzione delle obbligazioni come una specie di eccezione personale, avendo soltanto effetto tra coloro che sono reciprocamente debitori l'uno verso dell' altro, abbenchè altronde la compensazione si fa *ipso jure* (art. 1290 c. c. = *1244 ll. cc.*), e quindi sarebbesi potuto credere che subitochè uno de' debitori solidali si trovava liberato con tal mez-

zo, gli altri dovessero esserlo ugualmente, poichè il pagamento fatto da uno di essi libera gli altri (art. 1200 c. c. = *1153 ll. cc.*), e la compensazione fa le veci di pagamento.

Non è questo il momento di discutere il merito di tale disposizione; noi il faremo a suo luogo. Ma qualunque sia il senso nel quale debb'essere intesa, non sapremmo credere che il debitore il quale può opporre la compensazione ad uno de' creditori solidali prima di essere convenuto da un altro, non abbia il dritto di prevalersene rispetto agli altri, se lo convengano posteriormente. Ciò soprattutto non può presentare il menomo dubbio circa alla parte di tal creditore, poichè se non altro la compensazione deve avere l'effetto di una rimessione. Ma crediamo eziandio che gli sia lecito di opporla per lo intero, se il suo credito sia uguale o maggiore del suo debito; giacchè egli poteva pagare a colui che divenne suo debitore: or mediante la compensazione, che indubitatamente produsse i suoi effetti rispetto a costui, è come se l'avesse pagato. Che importa in fatti che gli paghi la somma, che questo creditore sarebbe tenuto di restituirgli all'istante medesimo, o che si dispensino entrambi dal fare queste inutili tradizioni? La legge le fa per essi come nelle obbligazioni ordinarie. Per pretendere che la compensazione non abbia effetto riguardo agli altri creditori, fa d'uopo sostenere, o che il debitore, divenendo creditore di uno de' creditori solidali, perdè il diritto di potergli fare il pagamento, lo che sarebbe

certamente assurdo; oppure che può in verità farglielo, ma soltanto per la numerazione delle monete, salvo di riprendere immediatamente il danaro per essere pagato del proprio credito. Ma ciò non sarebbe meno contrario allo spirito della legge, giacchè le tradizioni non sarebbero meno inutili in questo caso del pari che negli altri. Se egli fosse convenuto da questo creditore, sicuramente i tribunali non lo costringerebbero a pagare, giacchè chi compensa paga con tal mezzo. Or perchè mai la compensazione non produrrebbe stragiudizialmente i suoi effetti tra essi, poichè ha luogo di pieno dritto? e se produce i suoi effetti rispetto a questo creditore, il quale *si presume pagato*, perchè mai il debitore non sarebbe egli liberato puranche verso gli altri, mentre il pagamento fatto ad uno di essi lo libera rispetto a tutti? Questo caso in effetti differisce molto dalla rimessione gratuita, attesochè nella rimessione non avvi pagamento, mentrechè nella compensazione in realtà avvene uno.

Ma sarebbe diversamente se un altro creditore l'avesse prevenuto colle sue procedure, fatte dopo la scadenza del debito e prima che la compensazione si fosse effettuata, sia perchè il credito del debitore vanti una data posteriore alle procedure, sia perchè o l'uno o l'altro de' due debiti non riuniva allora tutte le condizioni richieste per la compensazione: in tal caso il debitore sarebbe obbligato di pagare al creditore istante, senza neanche poterne dedurre la parte di colui che è divenuto suo

debitore, ammenochè tuttavia, a creder nostro, l'utile dell' obbligazione non potesse dividersi tra i diversi creditori, nel qual caso potrebbe, *æquitatis causa*, ritenere la parte che dovrebbe spettare a quest' ultimo.

179. Se il debitore convenuto da uno de' creditori abbia ottenuto il rigetto della dimanda con una sentenza in ultima istanza o passata in cosa giudicata, può forse essere convenuto ancora dagli altri?

Ciò non è dubbioso nel caso in cui la sentenza sia stata emessa sul giuramento a lui deferito dal creditore, poichè, secondo l'art. 1365 c. c. = *1319 ll. cc.*, questo giuramento non lo libera che per la costui porzione; ma la sentenza ha effetto per questa porzione. Se fu profferita sopra altri motivi, deve profittar puranche al debitore per la parte di colui contro al quale fu pronunziata, perchè deve avere l' effetto di una rimessione, giusta la regola *quoque nos in judicio contrahimus*. Ma per la porzione degli altri, questa sentenza è *res inter alios judicata, quæ aliis nec nocet, nec prodest;* imperocchè se non avvi che una obbligazione *propter rem debitam*, rispetto alle persone, ve ne ha altrettante quanti creditori vi sono. Or la cosa giudicata non è un pagamento; produce soltanto una presunzione, o che non vi sia stato debito, o che quello il quale esisteva si estinse; ma siffatta presunzione non ha effetto che tra le parti litiganti e loro eredi.

180. Un altro effetto della solidalità tra i creditori, è che gli atti di un d'essi che conservano il credito, lo conservano puranche rispetto a tutti gli altri: donde segue che qualunque atto che interrompe la prescrizione relativamente ad uno de'creditori solidali, giova ugualmente agli altri; art. 1199 c. c. = *1152 ll. cc.* (1).

Per la medesima ragione, se riguardo alle qualità di un d'essi non potè decorrere la prescrizione contro di lui, per esempio perchè era minore (art. 2252 c. c. = *2158 ll. cc.*), essa neanche sarà decorsa contra gli altri durante il tempo della minore età, abbenchè l'oggetto del credito non fosse una cosa indivisibile.

Ma se uno de' creditori sia morto lasciando molti eredi, ed uno o più di questi ultimi soltanto abbiano interrotto la prescrizione, o se non potè questa decorrere contro di essi per ragione della loro qualità, o se il debitore riconobbe il debito soltanto a loro riguardo, il dritto non si sarà conservato che per le loro parti, ammenochè il credito non fosse indivisibile. L'art. 2249 c. c. = *2155 ll. cc.* lo dichiara così, in senso inverso, nel caso in cui il debito sia solidale tra i debitori, e la ragione è assolutamente la stessa nel caso in cui la solidalità sussista tra i creditori; imperocchè il credito non vien meno diviso tra gli eredi di ciascuno di essi, poichè la solidalità non può far supporre altro se non che cia-

(1) L. *fin.* Cod. *de duob. reis stipul.*

scuno di questi medesimi creditori lo sia dell' intero credito; or in siffatta supposizione, questo credito si divide tra i loro eredi (art. 1220 c. c. = *1173 ll. cc.*), se altronde non sia di qualche cosa indivisibile.

La negligenza degli altri eredi e degli altri creditori solidali non deve del resto nuocere all' erede che ha saputo conservare i suoi dritti nel credito. Per conseguenza non ne avrà nè più nè meno che se questo credito fosse stato conservato intero.

181. La dimanda degl' interessi intentata da uno de' creditori solidali, li fa decorrere a vantaggio degli altri. È questo un accessorio del credito, e conservando a vantaggio di tutti la sorte principale con regolari istanze, deve per la medesima ragione conservar puranche a loro vantaggio questo accessorio, e per effetto eziandio della medesima regola che la dimanda degl' interessi proposta contra uno de' debitori solidali fa correre gl' interessi contro tutti; art. 1207 c. c. = *1160 ll. cc.*

§ II.

Della solidalità fra debitori.

SOMMARIO

182. *Definizione della solidalità fra debitori.*

183. *Differenza de' caratteri generali dell' obbligazione solidale tra i debitori, da quelli dell' obbligazione indivisibile.*

184. *La solidalità non ha luogo che in virtù di una espressa convenzione, o di una disposizione della legge.*

185. *Dritto romano riguardante la solidalità fra i debitori; sviluppamenti, e del beneficio della divisione.*

186. *I debitori solidali vigente il Codice non hanno questo beneficio, il quale appartiene soltanto ai fideiussori, ed anche con molte distinzioni; devonsene fare pure circa al beneficio di escussione.*

187. *La solidalità può generalmente aver luogo in qualunque specie di obbligazione: può esser puranche imposta con testamento per lo pagamento di un legato.*

188. *Diversi casi nei quali non avvi solidalità.*

189. *La solidalità può sussistere, abbenchè uno de' debitori sia obbligato in differente modo al pagamento della medesima cosa: conseguenze.*

190. *Come i debitori si obbligano solidalmente.*

191. *La solidalità ha luogo tra gli autori di un medesimo delitto per le ammende, restituzioni, danni ed interessi e spese.*

192. *In materia civile i tribunali non possono condannare le parti solidalmente alle spese, quando anche il debito fosse solidale.*

193. Secus, *in questo caso circa ai danni ed interessi.*

194. *Se molti abbiano commesso un quasi delitto, per la cui riparazione si procede innanzi ai tribunali civili, son essi tenuti solidalmente pe' danni ed interessi? decisioni pro e contra.*

195. *I socj in nome collettivo sono tenuti solidalmente alle obbligazioni della società firmate con la ditta sociale; avviene diversamente nelle società civili, eccetto convenzione contraria nell' atto.*

196. Quid *de' socj in partecipazione? antica giurisprudenza, e controversia nel dritto attuale: la solidalità non esiste di pieno dritto in questo caso.*

197. *Caso in cui ha luogo di dritto tra il marito e la moglie, per ragione de' contratti di quest' ultima.*

198. *Coloro che prendono a comodato una cosa sono tenuti solidalmente alla restituzione.*

199. Quid *in materia di deposito?*

200. *Coloro che congiuntamente diedero mandato per un affare ad essi comune, son tenuti solidalmente verso il mandatario.*

201. *Ma i diversi mandatarj non sono creditori solidali delle indennità che possono esser dovute per ragione del mandato.*

202. *Coloro che comprano o affittano in comune sono solidalmente tenuti verso il notaio, dei suoi onorarj e delle spese da lui anticipate.*

203. *Altri casi analoghi.*

204. *Generalmente non avvi solidalità tra i diversi proprietarj il cui affare fu amministrato senza mandato da loro parte: l'azione è solamente proporzionata all' interesse di ciascuno.*

205. *I mandatarj aventi incarico del medesimo affare non sono solidalmente tenuti se non quando siensi soggettati alla solidalità.*

206. *Ma gli esecutori testamentarj sono solidalmente risponsabili dei mobili che furono loro affidati, eccetto se vi sia contraria disposizione nel testamento.*

207. Quid *de' sindaci di un fallimento, de' sequestratarj ed amministratori delegati dal magistrato?*

208. *L' obbligazione di somministrare alimenti non è solidale tra coloro che li debbono; essa è soltanto indivisibile: controversia, e rimessione per la discussione della quistione e per le conseguenze della distinzione.*

209. *Avvi solidalità nei casi preveduti negli art. 395 e 396 c. c.*

210. *Ed in quello preveduto nell' art. 1442 c. c.*

211. *I diversi inquilini di una casa sono risponsabili solidalmente dell' incendio, con talune restrizioni.*

212. *Il traente ed i giranti di una lettera di cambio sono solidalmente garanti dell' accettazione e del pagamento alla scadenza.*

213. *Lo stesso è di coloro che sottoscrivono o girano biglietti ad ordine, abbenchè non sieno commercianti, e non abbiano fatto un'operazione di commercio.*

214. *Rimessione circa alla quistione se possa taluno colle sue convenzioni obbligare solidalmente i proprj eredi al pagamento de' suoi debiti.*

215. *Il creditore può non solo convenire uno de' debitori per lo intero debito, ma ancora convenirli tutti nel medesimo modo.*

216. *La prescrizione interrotta contra uno de' debitori lo è per la medesima ragione contra tutti gli altri. Sviluppamenti pel caso in cui non fu interrotta se non contra un erede soltanto di uno de' debitori.*

217. *Allorchè il debito sia di una cosa certa la quale è perita per colpa o dopo la costituzione in mora di uno degli obbligati, gli altri non debbono i danni ed interessi, ma son tenuti pel prezzo della cosa.*

218. *Se la cosa sia perita per colpa di un erede di uno de' debitori o dopo che fu esso costituito in mora, i coeredi che non sono in colpa nè in mora vengono liberati: di che cosa i condebitori sieno ancora tenuti in questo caso.*

219. *La dimanda degl'interessi proposta contra un debitore solidale li fa decorrere contra tutti; quella intentata contra un erede soltanto di uno de' debitori, non li fa decorrere contra i coeredi.*

220. *Il condebitore solidale convenuto dal creditore può opporre le eccezioni che gli sono personali e quelle che sono comuni a tutti i debitori, ma non quelle che sono personali ad uno di essi.*

221. *Rimessione circa a ciò che concerne la compensazione in nome di un condebitore.*

222. *Effetto della confusione allorchè il creditore diviene erede di uno de' condebitori, o* vice versa.

223. *Colla novazione pura e semplice operata tra uno de' debitori ed il creditore, gli altri sono liberati.*

224. *La rimessione fatta ad uno de' debitori giova agli altri, ammenochè il creditore non abbia riservato i suoi dritti contro di essi: effetti di tale riserva.*

225. *Ma la rimessione fatta mediante accordo non giova ai condebitori del fallito, abbenchè non vi sia stata espressa riserva a loro riguardo.*

226. *Nondimeno quella che ha luogo in un accordo fatto con uno de' debitori non commerciante di professione, e senza riserva, giova agli altri.*

227. *Se mai il debitore cui fu fatta la rimessione abbia un'azione contra i suoi condebitori, supponendo di averli essa liberati verso il creditore? distinzione da farsi.*

228. *Il creditore possessore di obbligazioni solidali tra molti che falliscono, partecipa delle distribuzioni in tutte le masse sino al suo completo ed intero pagamento: sviluppamenti.*

229. *Quel fallito che abbia pagato più degli altri non ha azione di regresso contra di loro se non per ciocchè eccedesse la sua parte nel debito.*

★

230. *Il creditore che acconsente alla divisione del debito rispetto ad uno de' debitori, conserva la sua azione solidale contra gli altri, dedotta la parte del primo e la costui porzione nelle insolvibilità.*

231. *Ma la semplice rimessione della solidalità a vantaggio di uno de' debitori, senza discaricarlo della sua parte nel debito, non diminuisce l'azione solidale del creditore contra gli altri se non per la porzione soltanto che avrebbe dovuto sopportare questo debitore nelle insolvibilità.*

232. *Il creditore che riceve separatamente la porzione di uno de' debitori, senza riservare nella quietanza la solidalità o i suoi dritti in generale, rinunzia alla solidalità riguardo a questo debitore, ma a suo riguardo soltanto.*

233. *E non basterebbe per ciò che avesse ricevuto da lui una somma uguale alla sua porzione, se la quietanza non dichiarasse di esserlo* per la sua quota.

234. *L'effetto di tali parole sarebbe anche distrutto colla riserva della solidalità, o de' dritti in generale.*

235. *La dimanda fatta contra uno de' condebitori* per la sua quota *non distrugge la solidalità, anche riguardo a questo debitore, se non vi abbia aderito, o se non vi sia stata una sentenza di condanna.*

236. *Come il creditore perda la solidalità riguardo a quel debitore da cui riceve divisa e senza riserva la porzione negli arretrati o interessi del debito; e per quali oggetti la perda.*

237. *Il creditore non può rimettere la solidalità ad uno o più de' debitori se non quando sia capace a tal effetto.*

238. *L'obbligazione solidale si divide* ipso jure *tra i debitori, ciascuno de' quali non è tenuto che per la propria porzione.*

239. *Il debitore che ha pagato il debito non può ripetere dagli altri condebitori che la porzione di ciascuno.*

240. *Se un d'essi si trovi insolvibile, la sua porzione si ripartisce tra colui che ha pagato il debito e gli altri.*

241. *Modificazione pel caso in cui il debito riguardasse soltanto uno o più de' condebitori: allora gli altri sono considerati riguardo ad essi come loro fideiussori; conseguenze.*

242. *Regresso di chi ha pagato una lettera di cambio o un biglietto ad ordine.*

243. *Effetto della surrogazione nei sopra enunciati casi.*

244. *La surrogazione convenzionale non ha altri effetti che la surrogazione legale.*

245. *Se essendo il debito pagabile in molte dande, quel debitore*

che fece il primo pagamento possa mai esercitare immediatamente la sua azione di regresso, abbenchè tal pagamento non eccedesse la sua porzione nel debito.

246. *Gl' interessi decorrono* ipso jure *a vantaggio di chi soddiffece all' obbligazione.*

ART. I.°

Delle condizioni richieste perchè vi sia solidalità.

182. Dicemmo più innanzi che per regola quando due o più persone si obbligano verso una o più altre, ciascuna di esse non deve che la sua parte virile nel debito, e non può essere convenuta che per questa parte (1), ma che tale regola riceve eccezione nel caso in cui i debitori sono obbligati solidalmente.

E secondo l'art. 1200 c. c. = *1153 ll. cc.*, « l'obbligazione è solidale per parte de'debitori, quando « essi sono obbligati ad una medesima cosa, in maniera che ciascuno possa essere astretto per l'intero, e che il pagamento eseguito da un solo liberi gli altri verso il creditore ».

183. Quindi ciascuno de'debitori è *obbligato* colla sua stessa promessa a pagare l' intero, e ciò appunto diceva Molineo colle parole *quisque debet totum et totaliter* (a). Mentrechè nelle obbligazioni indi-

(1) L. 11, § 2, ff. *de duobus reis stipul. vel promitt.*

(a) E secondo le espressioni di Vinnio: *in singulorum persona tota obligatio consistit; De pact., cap. 6, n.° 9.* TRAD.

visibili, in cui ciascuno de' debitori deve puranche l'intero ed in cui il pagamento di tutto il debito fatto da uno di essi libera similmente gli altri, ciascuno non è *obbligato* al pagamento dell'intero per effetto della sua promessa; egli deve il tutto *ex necessitate*, perchè non può dovere una parte in una cosa che non ha parti. Egli deve *totum*, dice Molineo, ma non lo deve per la medesima causa, nel modo e coi medesimi effetti che quello il quale si è obbligato solidalmente. Mediante siffatte generali caratteristiche, le obbligazioni solidali si trovano già distinte dalle obbligazioni indivisibili, e noi indicheremo successivamente le differenze che vi sono negli effetti tra queste due specie di obbligazioni.

184. La solidalità non si presume, ma debb'essere espressamente stipulata; art. 1202 c. c. = *1155 ll. cc.*

Questa regola non cessa che nei casi in cui la solidalità ha luogo *ipso jure* per disposizione della legge; *ibid.* (a).

Noi discorreremo or ora questi differenti casi di eccezione, almeno i principali; ma faremo prima un breve esame delle regole del dritto romano su tale materia, del pari che sull' obbligazione de' fideiussori o garanti, affin di stabilire i rapporti e le differenze che sussistono tra le due legislazioni.

(a) Appresso noi per le leggi attuali non vi è solidalità tra il proprietario ed il capitano di un legno rimpetto al caricante: *decis. della nostra Suprema Corte di Giustizia dei 23 luglio 1829 nella causa tra* Mauro *e* Guidi. Trad.

185. Secondo le Instituta di Giustiniano, il quale non sancisce a tal riguardo che le regole del dritto anteriore, ciocchè noi chiamiamo *solidalità* tra i debitori poteva, come la solidalità fra i creditori, risultare dalla maniera con cui il creditore aveva interrogato i diversi obbligati ed in cui costoro avevano risposto all' interrogazione, abbenchè altronde non si fosse espressamente detto che ciascuno di essi sarebbe tenuto per l' intero debito. Bastava che gli avesse interrogati successivamente, e che ciascun di essi avesse risposto separatamente che darebbe la medesima cosa: MÆVI, DECEM AUREOS DARE SPONDES? ET SEI, EOSDEM DECEM AUREOS DARE SPONDES? *Si respondeant singuli separatim* SPONDEO, *duo rei promittendi ita fiunt; Princip.* Instit. *de duob. reis stipul. vel promitt.*

E Vinnio su questo passo delle Instituta dice che i diversi debitori erano similmente costituiti *rei promittendi*, se avendoli il creditore interrogati tutti colla medesima proposizione o dimanda: *quilibet vel uterque vestrum dabit?* ciascun d'essi avea risposto in seguito affermativamente *spondeo, debeo*, abbenchè non si fosse detto espressamente che ciascun di essi dovrebbe *tutta* la cosa. Essi si trovavano di averla implicitamente promessa tutta intera col modo come erano stati interrogati e con cui avevano risposto alla dimanda.

Ma Giustiniano cangiò questo punto colla sua novella 99, capitolo 1.°, in cui dice che coloro i quali si obbligassero al medesimo debito *alterna fi-*

dejussione, cioè, giusta quanto andrà a spiegarsi, rendendosi fideiussori gli uni degli altri, non sarebbero tenuti individualmente per lo intero se non quando si fossero *specialmente sottomessi ciascuno a pagare l'intero* (1); e che in tal caso ciascun d'essi sarebbe tenuto, è vero, *in solidum*, ma col beneficio di divisione, cioè col dritto di costringere il creditore a dividere la sua azione tra i debitori solvibili e presenti, per conseguenza mediante tal benefizio, con obbligazione soltanto di sopportare la parte degl' insolvibili ed assenti; salvo il loro regresso come per dritto. Quindi diede loro il beneficio di divisione, che l'imperatore Adriano aveva introdotto a vantaggio de'semplici fideiussori che eransi renduti garanti della medesima persona e del medesimo debito (2), il quale beneficio fu di poi esteso ad altri che eransi resi responsabili pel debito altrui: come quelli sul cui mandato erasi prestato danaro a qualcuno, e coloro che avevano promesso con semplice patto di *costituto* di pagare ciocchè un altro doveva (3). Del resto i condebitori de' quali parla Giustiniano nella sua novella pote-

---

(1) Tuttavolta, secondo la comune opinione, la novella non aveva apportato alcun cangiamento all'obbligazione de'fideiussori di un medesimo debito, la quale obbligazione era ed è ancora dell' intero debito per ciascuno di essi, salvo il beneficio di divisione. Vinnio, Instit. *de fideiuss.*, § 4.

(2) *V.* nelle Institut. il § 4 *de fideiuss.*, e le ll. 26 e 51, § 1, ff. *de fideiuss. et mandat.*

(3) L. *ult.* Cod. *de pecunia constituta.*

vano rinunziare al beneficio di divisione come i diversi fideiussori del medesimo debito.

Se questa novella debbe intendersi che parli de'veri debitori principali e solidali, conosciuti sotto la denominazione di *rei promittendi*, come tutto induce a crederlo, avrebbe essa derogato al dritto antico in due punti essenziali: 1.° in quanto che la facoltà pel creditore di domandare l'intero credito dall'uno o dall'altro de'debitori non sarebbe più risultato, come per lo innanzi, dalla sola formola d'interrogazione e di risposta, ma soltanto da una speciale convenzione a tal effetto; 2.° in quanto che, anche con questa convenzione, i diversi debitori avrebbero avuto ancora il beneficio di divisione, se, come lo abbiam detto, non vi avessero rinunciato.

Cuiacio, sul titolo del Codice *de duobus reis stipulandi vel promittendi*, e sopra tale novella 99, dice espressamente che la medesima deve intendersi in tal senso, con questa doppia derogazione alle antiche regole, senza che abbia tuttavolta derogato al dritto secondo il quale i diversi fideiussori di un medesimo debito sono tenuti ciascuno *in solidum*, salvo il beneficio di divisione, se avvi luogo. E Vinnio dice similmente che dopo questa novella i condebitori non son più tenuti solidalmente se non quando ciascuno di essi siasi espressamente soggettato a pagare l'intero debito, e *sembra* che abbiano il beneficio di divisione, ammenochè non vi abbiano rinunciato. Ei cita su tale og-

getto molti autori; ma confessa che parecchi più moderni interpetri sostengono che la novella fu male intesa per ciocchè concerne il beneficio di divisione, che i dottori vollero puranche farne derivare a favore de' principali condebitori solidali: per cui, secondo quest' interpetri, l'autentica *hoc ita* (1) fu messa male a proposito sotto la seconda legge del titolo del Codice *de duobus reis stipul.* come derogando questa legge, la quale non accorda verun beneficio di divisione ai debitori principali obbligati solidalmente, cioè a coloro che si chiamano *rei promittendi vel debendi.* A parer loro, la novella non parla de' *correi debendi aut promittendi*, ma soltanto de' confideiussori scambievoli, *de mutuis fidejussoribus*, cioè di coloro che si resero garanti pel debito altrui costituendosi reciprocamente fideiussori gli uni degli altri, ed ai quali il dritto antico non accordava il beneficio di divisione, come risulta dalla legge 11 *princip.* ff. *de duobus reis stipul.* Ed in sostegno di siffatta interpetrazione essi citano l' iscrizione greca della novella, tradotta in lingua latina colle prime parole del capitolo 1.°, così concepute: *Si quis enim* ALTERNA FIDEJUSSIONE *obligatos sumat aliquos*, le quali espressioni, secondo essi, non si applicano che a coloro che si sien renduti fideiussori gli uni degli altri per l'obbliga-

(1) Le *autentiche* sono tanti estratti delle novelle di Giustiniano, fatti da Irnerio, cancelliere d'Alarico, re de' Longobardi. Esse generalmente sono seguite nel foro ne' paesi in cui il dritto romano è ancora vigente.

zione di un terzo, e non a condebitori principali solidalmente obbligati per loro stessi.

Ma Vinnio risponde con Cuiacio che i Greci chiamarono puranche *fideiussori scambievoli* i debitori principali solidali, perchè in fatti, dicono questi autori, essi sono garanti gli uni per gli altri *mutua aut alterna fidejussione;* e si rinvengono puranche queste espressioni usate in tal senso nella legge *vir uxori*, 17, § *ultim* ff. *ad senatusc. velleianum.*

Pothier, n.° 270 del suo trattato *delle Obbligazioni*, intende puranche queste parole *alterna fidejussione obligatos sumat aliquos* « de' condebitori « solidali che siensi renduti garanti uno dell'altro, « e che hanno effettivamente, egli dice, in forza della « novella 99, il beneficio di divisione; ma non iscor- « go, soggiunge Pothier, che venga seguita fra noi: « non si accorda al debitore solidale contro di cui « si procede per l'intero, altro beneficio che quello « di poter domandare la surrogazione o la cessione « delle azioni del creditore contra i suoi condebitori « solidali. . . . . »

Finalmente Vinnio stesso conviene che il beneficio di divisione non ha luogo tra commercianti obbligati solidalmente, ed egli dice che a loro riguardo la novella non puossi applicare in tal punto.

Non prolungheremo maggiormente questa discussione; che che ne sia, è certo che nell' attuale nostro dritto i debitori principali solidali, commercianti oppur no, non possono invocare il beneficio

di divisione, e che il creditore può rivolgersi contro quello de' debitori che gli piaccia di scegliere, ed *esigere* da lui l'intero debito; art. 1203 c. c. = *1156 ll. cc.*

186. Presentemente questo beneficio appartiene soltanto alle diverse persone che si sono costituite fideiussori (a) per una medesima persona e per uno stesso debito, se tuttavolta eziandio non vi abbiano rinunciato; art. 2026 c. c. = *1898 ll. cc.* Ma da ciò risulta che nel nostro dritto, anche eccettuato il caso in cui l'obbligazione sia indivisibile, essere tenuto per l'intero debito, *aut in solidum*, non è lo stesso che essere tenuto solidalmente, poichè i debitori solidali non posson mai far pronunziare la divisione, mentrechè ai fideiussori compete tal dritto, se non vi abbiano rinunziato.

Così, due persone si costituiscono fideiussori pel debito di una terza: ciascuna di esse rimane obbligata per l'intero (art. 2025 c. c. = *1897 ll. cc.*), salvo il beneficio di divisione, se non vi abbiano rinunziato; mentrechè se si fossero obbligate principalmente e congiuntamente, ciascuna di esse non dovrebbe che la metà del debito, ammenochè non si fossero obbligate solidalmente. Questa differenza risulta da che colla fideiussione ciascuna di esse si rese garante pel debitore, e per conseguenza per l'intero debito. Ma siccome ciò sembrò rigoroso,

(a) Si riscontri la nota al n.° 382 del volume XVIII riguardo all'eccezione *cedendarum actionum*, che compete non solo ai fideiussori, ma pure ai debitori solidali convenuti per l'intero. Tran.

s' introdusse il beneficio di divisione, il quale del resto non impedisce che il fideiussore da cui esso vien domandato debba sopportare la sua porzione per la insolvibilità del tale o del tal altro fideiussore (art. 2026 c. c. = *1898 ll. cc.*): è soltanto liberato dalle insolvibilità sopraggiunte dopo che questa divisione ebbe luogo; *ibid.* E se il creditore abbia diviso egli stesso e volontariamente la sua azione, non può recedere dalla divisione già fatta, quando anche prima del tempo in cui ha dato il consenso per tale divisione, vi fossero de' fideiussori insolvibili; art. 2027 c. c. = *1899 ll. cc.*

Così ancora, nel caso in cui due persone si costituiscano fideiussori puramente e semplicemente, senz'alcuna restrizione, per l'obbligazione di due altre che si sieno obbligate senza solidalità, i due principali obbligati debbono soltanto ciascuno la sua parte nel debito, ma i fideiussori lo debbono ciascuno per intero; giacchè ciascuno di essi si rese garante per ciascun debitore, in conseguenza per l'intero debito, mentre questi ultimi lo debbono ad essi due per intero.

Ma tali fideiussori, se altronde non vi rinunziarono, hanno il beneficio di divisione come se non si fossero renduti garanti che per una sola e medesima persona; giacchè nell'uno del pari che nell'altro caso sempre essi si costituirono fideiussori pel debito; e se non si fossero costituiti specialmente fideiussori che pel tale debitore, non sarebbero risponsabili che per la sua porzione, e col beneficio di divisione, se non vi avessero rinunciato.

Se si fossero rispettivamente costituiti fideiussori per ogni debitore individualmente, ciascuno di essi non dovrebbe puranche se non la parte di quello per cui si fosse renduto garante, lo che per essi varrebbe meglio del beneficio di divisione, poichè ognuno di loro non sarebbe risponsabile della insolvibilità dell'altro esistente al tempo in cui il beneficio fosse invocato.

Se i due debitori principali fossero obbligati solidalmente, ciascun d'essi sarebbe tenuto per l'intero debito e potrebbe essere costretto a pagarlo, mentre che competerebbe ai due fideiussori il beneficio di divisione, se non vi avessero rinunziato. Nei loro rapporti col creditore, sarebbe anche indifferente che essi si fossero renduti garanti per uno di questi debitori soltanto, giacchè tal debitore dovrebbe l'intero per effetto della solidalità. Tuttavolta se in simil caso avessero pagato il debito, a ciascuno di essi spetterebbe il suo regresso pel totale di ciocchè avesse pagato contra il debitore per cui si rese garante, ma non gli competerebbe regresso contra l'altro debitore se non per la sua porzione soltanto nel detto debito, come surrogato in luogo del primo; invece che se si fossero costituiti fideiussori ambidue, ciascuno di loro avrebbe il suo regresso a sua elezione contra ciascuno di essi per l'intero di quanto si trovasse aver pagato; art. 2030 c. c.=*1902 ll. cc.*

Finalmente se i diversi fideiussori di un medesimo debito contratto da una o più persone, con solidalità o senza, poco importa, si obblighino soli-

dalmente tra essi, rinunciano con questo fatto medesimo al beneficio di divisione, non ostante che nel Codice non vi sia un testo positivo a tal riguardo.

Diciamo *non ostante che nel Codice non vi sia un testo positivo ;* ed in fatti l' art. 2026 c. c. = *1898 ll. cc.* non appone altra restrizione alla facoltà che hanno i diversi fideiussori di un medesimo debito, di poter dimandare il beneficio di divisione, che il caso in cui vi abbiano essi rinunziato, e tace sull' effetto della convenzione di solidalità tra questi diversi fideiussori. Vero è che l'art. 2021 c. c. = *1893 ll. cc.* parla di questa convenzione, ma circa al beneficio soltanto di escussione (1), e per escludere tal beneficio, il quale è perfettamente distinto da quello di divisione.

Tuttavolta la nostra opinione emerge dalle diverse disposizioni del Codice, insiem combinate.

Primieramente da questo art. 2021 c. c. = *1893 ll. cc.* il quale dichiara che quando il fideiussore siasi obbligato solidalmente col debitore, si è privato del beneficio di discussione, *e la sua obbligazione si regola coi principj stabiliti riguardo ai debiti solidali.* Or questi principj presentemente non ammettono il beneficio di divisione (art. 1203 c. c. = *1156 ll. cc.*): dunque allorchè i diversi fideiussori siensi obbligati solidalmente tra loro, con tal fatto

(1) Il beneficio di escussione, *beneficium ordinis,* fu introdotto da Giustiniano colla sua novella 4, cap. 1, donde fu presa l' autentica PRÆSENTE, posta nel Codice sotto il titolo *de fidejussoribus et mandatoribus*, secondo la l. 3.

medesimo hanno rinunziato a questo beneficio. L'art. 2026 c. c. = *1898 ll. cc.* dispone nei termini del dritto comune: esso non parla in vero della convenzione di solidalità tra i fideiussori; prevede soltanto il caso in cui rinunziarono al beneficio di divisione con una clausola speciale; ma non dovevasi far puranche una eccezione pel caso di convenzione producente solidalità tra i fideiussori, perchè l'art. 2021 c. c. = *1893 ll. cc.* aveva già detto che la solidalità convenuta con un fideiussore si regolava coi principj stabiliti pe' debiti solidali; donde risultava che doveva esser lo stesso della solidalità convenuta tra molti fideiussori di una medesima persona e di un medesimo debito. Altronde se non fosse così, a che servirebbe tale convenzione? assolutamente a nulla, poichè i fideiussori per la natura medesima della fideiussione si trovavano obbligati ciascuno per l' intero debito. Or una convenzione deve intendersi in un senso secondo il quale può produrre un effetto, piuttosto che in quello con cui non ne produrrebbe alcuno (art. 1157 c. c. = *1110 ll. cc.*); e quella di cui si tratta non può avere effetto se non quando si consideri come una rinunzia virtuale al beneficio della divisione. Laonde abbenchè i confideiussori non avessero detto testualmente che si obbligavano in modo solidale, o con solidalità, nondimeno se avessero dichiarato di obbligarsi ciascuno per l' intero debito, vi sarebbe ugualmente rinunzia al beneficio di divisione, poichè altrimenti queste parole, *ciascuno per l' in-*

tero debito, non avrebbero alcun senso ed alcun effetto. Infine l' art. 1216 c. c. = *1169 ll. cc.* suppone che il debito contratto solidalmente da molti non lo sia stato tuttavia che nell' interesse di un solo, e dice con ragione che gli altri riguardo a questo debitore non sono che suoi garanti; ma riguardo al creditore, la loro obbligazione non è meno un' obbligazione solidale, il cui effetto per conseguenza esclude il beneficio di divisione a' termini dell' art. 1203 c. c. = *1156 ll. cc.*, ed il beneficio di escussione a' termini dell' art. 2021 c. c. = *1893 ll. cc.*

Insistiamo tanto su questo punto a solo oggetto che, come si è veduto più innanzi, secondo la novella 99, il cui prescritto era stato adottato da tutti gli autori pel caso di semplici fideiussori scambievoli dell' obbligazione altrui, questi fideiussori, abbenchè ciascuno di essi si fosse obbligato a pagare l' intero debito, non rimanevano perciò privati del beneficio di divisione: erano solamente obbligati di soffrirne le condizioni, cioè di sopportare la lor parte nelle insolvibilità esistenti al tempo in cui dimandavano tal beneficio. Che anzi molti autori, particolarmente fra gli antichi, pretesero ancora che nella nostra stessa giurisprudenza francese i debitori principali obbligati solidalmente potevano dimandare la divisione dell' azione del creditore, con le medesime condizioni. Ma, come si è veduto dal succitato passo di Pothier, la loro opinione su tal punto non era seguita nei nostri tribunali, non essendo gene-

ralmente la novella applicata nella nostra più moderna giurisprudenza ai debitori solidali principali. Essa neanche lo era ai fideiussori o garanti solidali. Che che ne sia, presentemente quantevolte vi è solidalità tra i fideiussori o tra i debitori principali, non avvi più luogo al beneficio di divisione. Importa dunque di esser cauto in leggere gli antichi autori su tale materia.

Ma se l' atto dica semplicemente che i fideiussori *si obbligano solidalmente col debitore*, essi con ciò non rinunziano che al beneficio di escussione, e non a quello di divisione: la clausola ha un potente effetto, e non è necessario di accordarnele un altro, sul quale i fideiussori non si spiegarono. Essi rimasero tra loro nei termini del dritto comune. La solidalità semplicemente convenuta col debitore non deve estendersi alla loro obbligazione tra essi, perchè la solidalità non si presume; art. 1202 c. c. = *1155 ll. cc.* Sarebbe tuttavia diversamente se la clausola dichiarasse che i fideiussori si obbligano solidalmente *e* col debitore: la congiunzione *e* col debitore, dimostrerebbe che essi intesero obbligarsi in tal modo e tra essi ed anche rispetto al debitore, per conseguenza che intesero di rinunziare ad entrambi i beneficj.

Vice versa la solidalità stipulata tra i fideiussori soltanto, per esempio perchè la fideiussione siasi data con atto separato, senza di essersi fatta menzione della solidalità col debitore, non priverebbe i fideiussori del beneficio di escussione.

E sempre rispetto al beneficio di divisione, conviene aver per certo che, anche eccettuati i casi di girata o di avallo di effetti commerciali, se due persone si fossero rendute garanti pel medesimo debito con atti separati, l'ultimo de' quali non facesse parola della fideiussione contenuta nel primo, niuno de' fideiussori potrebbe invocare tal beneficio, imperciocchè non potrebbero dire di non essersi obbligati che in considerazione l'uno dell'altro, sulla quale ragione esso è fondato. Questi diversi atti in vero lor sarebbero reciprocamente estranei.

E qualora l'ultimo facesse parola della fideiussione contenuta nel primo, il secondo fideiussore, ove fosse convenuto per l'intero, ben potrebbe invocare il beneficio di divisione, se tuttavolta ancora non fosse un effetto commerciale, ma il primo obbligato non potrebbe dimandarlo rispetto al secondo, attesochè non dovè calcolare sulla costui fideiussione, la quale è posteriore alla sua; salvo a lui il dritto d'invocare il beneficio di escussione, se non vi abbia rinunziato.

Ciò premesso, riprendiamo l'esame della solidalità e de' suoi effetti.

ART. II.°

De' casi in cui la solidalità ha luogo fra i debitori.

187. La solidalità può generalmente aver luogo in qualunque specie di obbligazione. Quindi può sussistere tra venditori o compratori, tra locatori o conduttori, tra mandanti o mandatarj, deponenti o depositarj, socj, mutuanti, ec. (1).

Può essere imposta con testamento; per esempio, se un testatore avendo istituito due eredi, Tizio e Mevio, abbia detto: *Tizio o Mevio paghi cento a Sempronio*, in tal caso Sempronio può procedere per l' intero contra ciascuno de' due eredi, ed il pagamento fatto da uno di essi libera l'altro; l. 8, § 1, ff. *de legat. 1.°: Si ita scriptum sit: Titius heres meus, aut Mævius heres meus, decem Seio dato: cum ultro velit Seius aget: ut si cum uno actum sit et solutum, alter liberetur, quasi duo rei promittendi in solidum obligati fuissent.*

Nulladimeno Molineo (*Tract. de dividuis et individuis*, § 3, n.° 153 e seguenti) pretende che in tal caso non avvi perfetta solidalità, ma soltanto obbligazione indivisibile *quoad petitonem et quoad solutionem:* donde conchiude che qualora si fosse trattato di una cosa certa perita per colpa di

(1) *L. 9, princip.* ff. *de duobus reis stipul.*

uno de' debitori del legato, o dopo essere stato egli costituito in mora, e prima che il fosse stato l'altro, questi sarebbe rimasto liberato; mentrechè avrebbe dovuto il prezzo della cosa, se il debito fosse stato solidale, attesochè nelle obbligazioni solidali, ciascuno de' debitori garantisce il fatto degli altri, se non per ciò che concerne i danni ed interessi, almeno rispetto alla cosa medesima; la qual massima in fatti è sancita dall'art. 1205 c. c. = *1158 ll. cc.* Al contrario nelle obbligazioni indivisibili senza solidalità ciascuno de' debitori è risponsabile soltanto de' proprj fatti, e se deve l'intero, non già pel fatto medesimo della sua promessa, ma solamente per la natura della cosa si suppone esso indivisibile, non garantendo altronde in alcun modo il fatto degli altri debitori.

Pothier all' opposto vede in simile legato un'obbligazione solidale perfetta tra coloro a peso de' quali fu lasciato, interpetrando queste parole *quasi duo rei promittendi* nel senso di *quemadmodum*: come due debitori solidali. E cita in sostegno della sua opinione la l. 9, ff. *de duobus rei stip.*, da noi mentovata, ma che non contraddice per nulla l'interpetrazione di Molineo, la quale, a creder nostro, è più esatta e più uniforme alle regole.

188. Non vi sarebbe solidalità nel caso in cui molte persone si obbligassero con atti separati (a), abben-

(a) Voet appositamente nel comento al titolo delle pandette *de duob. reis constit.*, infine del n.° 1, avverte: *Quod si diversis temporibus plures eandem rem stipulati sint aut promiserint, in solidum singu-*

chè per la medesima cosa, se la seconda promessa non si riferisse espressamente alla prima: sarebbero due promesse rispetto alla cosa del pari che rispetto alle persone, e per conseguenza due distinte obbligazioni. Se la seconda promessa si riferisse alla prima, vi sarebbe solidalità (1), ammenochè questa seconda promessa non fosse che una semplice fideiussione della prima (b); lo che si estimerebbe dalle parole dell' atto, dalla probabile intenzione delle parti, e soprattutto dalla esistenza o mancanza di una causa particolare dell' obbligazione di colui che sottoscrisse questo secondo atto.

Viemaggiormente se le cose promesse da molte persone, abbenchè col medesimo atto, non fossero le stesse, neppure vi sarebbe solidalità, ma sibbene tante obbligazioni quante cose diverse; e se le cose essendo le stesse, uno degli obbligati si fosse soggettato a qualche cosa di più dell'altro, la solidalità non sussisterebbe per questo eccedente. Per esempio, se uno de' due soltanto avesse assunto sopra di sè i casi fortuiti o si fosse obbligato di rendersi risponsabile di qualunque specie di colpa, quando l'altro per la natura del contratto o per una clausola dell' atto, non dovesse essere risponsabile che

li, non erunt duo rei stipulandi aut promittendi (l. si ex duobus 12, ff. hoc tit.), nisi id in posteriore stipulatione actum sit, ut duo rei constituentur; l. in duobus 3, ff. hoc tit. Trad.

(1) *V.* la l. 3, *princip.* ff. *de duobus reis stipul.*

(b) Deve però notarsi che obbligandosi il fideiussore solidalmente, è tenuto, a norma dell'art. 1893 delle leggi civili, agli obblighi dei debitori solidali. Trad.

della colpa media o della colpa grave, la solidalità non sussisterebbe per ciocchè eccedesse l'obbligazione di quest'ultimo debitore (1).

189. Ma l'obbligazione può essere solidale abbenchè uno de' debitori sia obbligato in diverso modo dell' altro al pagamento della medesima cosa: per esempio, se uno ebbe un termine che non fu accordato all' altro, o che gli fu accordato men lungo; o se uno siasi obbligato condizionatamente, mentrechè l'obbligazione dell'altro sia pura e semplice (art. 1201 c. c. = *1154 ll. cc.*) (2) o sotto una condizione differente; oppure se uno de'debitori debbe pagare in un luogo, e l'altro in un luogo diverso: *nam etsi maxime parem causam suscipiunt, nihilominus a cujusque persona propria singulorum consistit obligatio;* l. 9, § 2, ff. *de duobus reis.*

Quindi l'incapacità di uno degli obbligati, la sua età minore o la sua interdizione, non impedisce che l'obbligazione sia solidale; soltanto somministra all' incapace un' azione o un' eccezione personale per far annullare la sua obbligazione, se avvi luogo, e di cui l'altro coobbligato non può prevalersi (art. 1208 c. c. = *1161 ll. cc.*), come lo spiegheremo fra poco.

Pei medesimi motivi la solidalità non sussiste da meno abbenchè uno degli obbligati fosse soggetto per la sua qualità o per qualche altra particolare circostanza all'arresto personale per ragione del debito,

(1) *V.* la l. 9, § 1, ff. *de duobus reis stip.*
(2) L. 7, ff. *hoc tit.*

mentrechè gli altri non vi sarebbero soggetti, per esempio, perchè fossero minori.

Ma in realtà nel caso in cui uno de' due debitori non siasi obbligato che sotto una condizione sospensiva, la solidalità non esisterà che dal momento in cui la condizione si verificherà, poichè sino a quel tempo non avvi debito propriamente parlando rispetto a questo debitore: avvi soltanto *spes debitum iri* (1); per cui è più vero il dire d'esservi soltanto *speranza* di solidalità finchè la condizione non si verifichi. Laonde il debitore obbligato puramente e che sia stato costretto di pagare tutto il debito, per esercitare il suo regresso contra colui che si è obbligato condizionatamente deve attendere che la condizione siasi verificata; e se soltanto un termine fosse stato accordato all' altro debitore, il primo non eserciterebbe similmente il suo regresso che dopo esser trascorso questo termine; imperocchè la condizione ed il termine hanno il loro effetto tanto nelle relazioni de' debitori tra loro, che nelle relazioni del debitore obbligato in tal modo ed il creditore.

La persona che si fosse costituita fideiussore per entrambi e che avesse pagato tutto il debito, avrebbe per conseguenza immediatamente il suo regresso e per lo intero contra il debitore puro e semplice (art. 2030 c. c. = *1902 ll. cc.*); e sarebbe obbligata di attendere l'adempimento della condizione o la scadenza del termine per poter procedere contra dell'altro.

(1) *V.* sopra, n.° 9 e seguenti.

190. Dicemmo che, giusta l'art. 1202 c. c. = *1155 ll. cc.*, la solidalità non si presume; che è necessario di essersi espressamente stipulata, e che tale regola non cessa se non nei casi soltanto in cui la solidalità ha luogo di pieno dritto, in virtù di una disposizione della legge.

Ma la solidalità sarebbe espressamente stipulata se i debitori dichiarassero di *obbligarsi ciascuno al pagamento dell' intero debito*, quando anche non dicessero testualmente che si obbligano solidalmente o con solidalità; imperocchè non sono prescritti a tal effetto termini di rigore: e la solidalità altro non è che l'obbligazione imposta dalla legge o dalla convenzione a ciascun debitore principale di pagare l'intero debito.

Diciamo *imposta dalla legge... a ciascun debitore principale di pagare l'intero debito*, perchè in effetti l' obbligazione di ciascuno de' fideiussori per l'intero debito, e risultante dalla sola disposizione della legge (art. 2025 c. c. = *1897 ll. cc.*), non esclude il beneficio di divisione, che ne diversifica (art. 2026 c. c. = *1898 ll. cc.*); mentrechè tra i debitori principali, questa obbligazione esclude tal beneficio, sia che la solidalità risulti dalla legge, sia che risulti dalla loro convenzione; come essa lo esclude ugualmente tra i fideiussori medesimi quando questi abbiano dichiarato espressamente di obbligarsi ciascuno al pagamento dell' intero debito, abbenchè altronde non abbiano detto letteralmente che si obbligavano solidalmente o con solidalità; giacchè,

ripetiamolo pure, queste parole non sono di rigore.

191. Siccome la maggior parte de' casi ne' quali la legge stabilì la solidalità tra debitori danno più o men luogo a qualche dubbio, e fanno nascere puranche alcune importanti quistioni, crediamo utile di percorrerli, almeno i principali. Del resto il faremo rapidamente, per quanto ci sarà possibile.

Secondo l'art. 55 c. pen. = *51 ll. pen.*, « tutti « gl' individui condannati per uno stesso misfatto o « per uno stesso delitto sono tenuti in solido alle « ammende, alle restituzioni, ai danni e interessi ed « alle spese » (a).

Avvien lo stesso ancorchè per ragione di qualche particolare circostanza il tale o tal altro de' rei fosse giudicato meno colpevole, ed in conseguenza condannato ad una pena minore, anche ad una pena correzionale per semplice delitto, quando gli altri fossero nondimeno condannati ad una pena per misfatto: questi condannati ad una pena minore non sono meno solidalmente obbligati.

192. Ma in materia civile, siccome nessuna disposizione della legge stabilisce la solidalità per le *spese* tra le parti che soccumbono (1), i tribunali non potrebbero pronunziarla senza commettere un eccesso di potere, come lo giudicò la Corte di cassazione coi

---

(a) Questa disposizione è appresso noi ripetuta nell'art. 11 del decreto dei 13 gennaio 1817 sulle spese di giustizia. Trad.

(1) La solidalità per quest' oggetto neanche aveva luogo nel dritto romano; l. 43, ff. *de re judicata*; l. 10, § 3, ff. *de appellat. et relationib.*; e l. 59, § 3, ff. *mandati*.

suoi arresti de' 21 messidoro anno 4 e 15 maggio 1811, citati nel *Repertorio* di Merlin alla parola *spese* (1).

Queste regole son puranche applicabili al caso in cui il debito fosse solidale, commerciale o civile, poco importa, perchè il creditore agendo contro tutti, divise la sua azione per le spese, le quali sono dovute in virtù di una obbligazione personale tacita da parte di colui che perde (2), ed altronde le spese non sono propriamente parlando un accessorio del debito. In somma la legge non pronunziando la solidalità per le spese (a), anche nel caso di solidalità, i tribunali non debbono per conseguenza pronunziarla circa a tale oggetto.

Si citano pure molte decisioni profferite nell'an-

(1) La Corte di cassazione nondimeno giudicò che in materia di delitto la cui riparazione vien dimandata per via civile, i tribunali *possono* condannare i diversi rei convenuti solidalmente alle *spese*, perchè queste spese sono il supplimento o il compimento della riparazione civile, la quale aveva dato luogo all'azione, e che in tal senso la solidalità non è contraria nè all'art. 1202 c. c. = *1155 ll. cc.*, nè a verun'altra legge; arresto del 6 settembre 1813; *Sirey*, 14, 1, 57. Ma *V.* in appresso, n.° 194.

(2) Berriat-Saint-Prix nel suo *Corso di procedura civile*, capitolo *delle spese degli atti di procedura*, cita moltissime autorità in sostegno di tale opinione.

Nondimeno cita puranche, ma riprovandola e con ragione, una decisione della Corte di Rouen del 17 marzo 1808, che condannò solidalmente alle spese molti coeredi attori per un preteso credito dell'eredità. Siffatta decisione è tanto più falsa, in quanto che neanche esisteva alcuna solidalità tra questi coeredi.

(a) Il Fabro fa un solido ragionamento su tale principio nella classica *prima definizione* del codice, sotto il titolo *de fructibus et litium expensis*. Trad.

tica giurisprudenza, specialmente una del parlamento di Parigi del 19 giugno 1730, di cui parla anche Merlin nel medesimo luogo, le quali giudicarono che la divisione delle spese tra le parti succumbenti non debbe farsi in proporzione dell'interesse che ciascuno avesse di stare in giudizio, ma per capi. Molti autori (1) stabilirono siffatta dottrina, fondandosi sopra leggi romane, come la l. 10, § 3, ff. *de appell. et relat.* Ma puossene impugnare la giustezza. Queste leggi altronde dicono semplicemente che la condanna alle spese non dev' essere solidale anche nelle obbligazioni solidali; ma esse parlano de' casi in cui l'interesse fosse uguale, e tacciono di quello in cui nol sia.

193. Riguardo ai danni ed interessi in materia civile o commerciale, se l'obbligazione sia solidale, la condanna a questi danni ed interessi dev' essere pronunziata solidalmente, perchè essi partecipano della natura dell' obbligazione medesima, e spesso anche ne fanno le veci.

Se l'obbligazione non sia solidale, e nondimeno i diversi debitori sien tenuti a' danni ed interessi per inadempimento delle loro rispettive obbligazioni, questi danni ed interessi sono sopportati da ciascuno di essi proporzionatamente alla sua parte nel debito; senza pregiudizio del caso in cui uno di loro avesse

(1) Citati puranche da Berriat-Saint-Prix, e di cui del resto non adotta il parere, « perchè, egli dice, niuno dev' esser tenuto a risarcire un danno (e le spese ne sono una specie) che in proporzione di quanto vi ha partecipato ».

fatto perire la cosa, nel qual caso sarebbe tenuto de' danni ed interessi anche per lo intero.

194. Tuttavolta in un caso in cui non vi era nè misfatto nè delitto, ma semplici fatti commessi da molti che avevano nociuto a terzi, fu giudicato che attesa la impossibilità di determinare la proporzione nella quale ciascun d'essi aveva contribuito al danno, dovevasi condannarli solidalmente ai danni ed interessi verso le parti offese, salvo ad essi di ripartire fra loro la somma cui erano stati condannati.

Nella specie trattavasi di lavori in diversi stabilimenti insalubri (in fabbriche di soda), appartenenti a varj privati, autorizzati dall'amministrazione, ma mal regolati, e che avevano nociuto ai vicini col vapore delle materie adoperate. Eravi dunque un quasi delitto. La Corte di Aix con sua decisione de' 14 maggio 1825 (1) disse che « per cioc-
« chè concerne la solidalità tra proprietarj di que-
« sti diversi stabilimenti, essa è la conseguenza in
« fatto ed in dritto del danno cagionato per loro
« colpa e per loro quasi delitto, risultante dalla
« maniera abusiva con cui avevano lavorato nei loro
« diversi stabilimenti; che è questo un fatto comu-
« ne a tutti i fabbricanti ed il fatto particolare a
« ciascuno di essi; che se pel modo indivisibile con
« cui il danno si è effettuato, e pel risultamento di
« una colpa particolare e comune, essendo il fatto di

(1) *Sirey*, 27, 1, 236.

« tutti i fabbricanti il fatto di ciascuno, la ripa-
« razione è dovuta da tutti e da ciascuno, *et in*
« *totum et totaliter*, e questa solidalità è conforme
« alle regole del dritto; imperocchè siccome un
« mandatario che abbia volontariamente fatto anti-
« cipazioni nell'interesse di molti mandanti, e per
« un affare comune a costoro, può ripeterle soli-
« dalmente contro di essi, viemaggiormente colui
« che suo malgrado soffre un danno deve aver dritto
« di dimandarne solidalmente la riparazione contra le
« persone che unitamente lo cagionarono: —Consi-
« derando che la regola, che la solidalità non si
« presume, non è applicabile se non alle convenzio-
« ni, in cui chi la dimanda senz'averla stipulata, può
« sempre rimproverarsi di non averne fatto una espres-
« sa condizione del contratto; che all'opposto nei
« delitti la solidalità è di dritto contro tutti coloro
« i quali, anche senza premeditato concerto tra lo-
« ro, concorrono all'azione, qualunque sia altron-
« de il grado di reità rispettiva e le circostanze che
« modificano questa reità: — Considerando che in
« materia di quasi delitto avvien lo stesso che in mate-
« ria di delitto, poichè il quasi delitto poggia, al
« pari del delitto, sopra un fatto illecito, proibito,
« e che non è capace di stipulazione al tempo in
« cui avviene da parte di chi ne è la vittima, e
« che sì nell'uno come nell'altro caso la solidalità
« risulta dalla natura e dalla forza delle cose. —
« Per tutti questi motivi, avvi luogo a pronunziare
« la solidalità, ec. ».

Quindi la corte di Aix riconobbe in dritto che la solidalità sussiste tra gli autori di un fatto riputato semplicemente quasi delitto e la cui punizione vien dimandata in linea civile, come tra gli autori di un fatto qualificato delitto dalla legge; mentrechè nessuna disposizione, sia del Codice civile, sia del Codice penale, stabilisce la solidalità in materia di *quasi delitto*, ed il Codice civile vieta espressamente ai giudici di ammetterla in altro che in una espressa convenzione delle parti, o in una disposizione della legge. Questa corte dunque la pronunziò per *analogia* di motivi, cioè che estese la legge precisamente in una materia in cui la legge medesima vieta che si estendano le sue disposizioni.

Prodottosi ricorso per cassazione, la Corte Suprema confermò, ma per altri motivi: « Considerando, ella disse, che la Corte reale fu necessitata « a pronunziare una condanna solidale per la im« possibilità in cui dichiarò di trovarsi in fatto di de« terminare la proporzione nella quale ciascun sta« bilimento doveva esser tenuto ai danni, e che tale « proporzione sarebbe altronde regolata in modo più « esatto dai proprietarj de'detti stabilimenti, i quali « hanno già fatto offerte su cui la decisione fondò « la sua condanna; rigetta (1)».

Come si scorge, la Corte di cassazione non credette doversi spiegare in dritto sulla quistione se la solidalità sussista tra gli autori di un fatto qualificato

(1) Arresto degli 11 luglio 1826; *Sirey*, 27, 1, 237.

semplicemente *quasi delitto*, la cui punizione vien dimandata solamente innanzi ai tribunali civili: essa eluse il dubbio. Nondimeno è questo un punto molto importante e che merita di essere stabilito.

Ma la sua giurisprudenza è talmente incerta su questo caso come sopra tanti altri, che veramente non si sa a che attenersi.

Così con suo arresto de' 27 febbraro 1827 (1), essa confermò puranche una decisione della Corte di Rouen la quale condannò un marito come solidalmente obbligato con sua moglie per un fatto a ragion del quale costei era stata dichiarata soggetta ai danni ed interessi. Era questa una quistione di risponsabilità maritale, e sotto tal rapporto, subitochè si ammetteva che il marito era risponsabile del fatto di sua moglie nel caso di cui si trattava, si concepisce benissimo ch' egli potè ed anche dovè esser condannato solidalmente, perchè in realtà chi è risponsabile del fatto di un altro, deve tutte le riparazioni civili cui è tenuto l'autore del fatto, salvo il suo regresso, se competa.

Ma essa giudicò implicitamente, e nondimeno ben chiaramente, anche con arresto di cassazione (2), che la solidalità non ha luogo pe' danni ed interessi in materia civile, per ragione de' fatti che nocquero altrui, ed in un caso in cui non avrebbe potuto esservi tutto al più che uno di quei quasi delitti ab-

(1) *Sirey*, 1827, 1, 228.
(2) Del 3 dicembre 1827; *Sirey*, 1828, 1, 161.

bracciati nella generalità de' termini degli art. 1382 e 1383 c. c. = *1336 e 1337 ll. cc.*

La Corte reale di Bordò giudicò similmente che un fatto dannoso di sua natura non dà luogo ad una condanna solidale contra coloro che lo commisero, allorchè ne sia chiesto il risarcimento soltanto innanzi ai tribunali civili (1); mentrechè la Corte reale di Parigi decise il contrario (2) nella specie di un contratto di vendita simulato che aveva nociuto ad un terzo: la Corte condannò solidalmente il compratore ai danni ed interessi verso il terzo; e la Corte di Nanci giudicò nel medesimo senso il 18 maggio 1827 (3).

Tal' è fino ad oggi lo stato della giurisprudenza sopra questo punto delicato; e per dire la nostra opinione, la condanna per semplice *quasi delitto* la cui riparazione è dimandata innanzi ai tribunali civili, non dovrebbe nell' attuale stato della legislazione pronunziarsi solidalmente, atteso il testo formale dell'art. 1202 c. c. = *1155 ll. cc.*, abbenchè altronde vi fosse luogo, ne conveniamo volentieri, a modificare il dritto su questo punto. Ma da un'altra parte crediamo che la parola *delitto* nell'art. 55 c. pen. = *51 ll. pen.* sia una espressione generica applicantesi puranche alle semplici contravvenzioni, in somma a tutti i fatti che dan luogo a condanne *penali* pronunziate dalle disposizioni di questo Co-

(1) Decisione del 16 febbraro 1829; *Sirey*, 1829, 2, 300.
(2) Decisione del 26 febbraro 1829; *Sirey*, 29, 2, 156.
(3) *Sirey*, 1827, 2, 229.

dice, o da altre leggi, quando anche l'azione per danni ed interessi o riparazioni civili s'istituisse innanzi ai tribunali civili. Basta che vi sia luogo ad una pena, anche semplicemente pecuniaria, cioè un' ammenda.

195. I socj commercianti in nome collettivo indicati nell' atto di società sono tenuti in solido per tutte le obbligazioni della società, sebbene vi sia apposta la firma di un solo socio, purchè ciò sia sotto la ragione sociale (art. 22 c. com. = *31 ll. ecc. com.*): altrimenti si reputerebbe che il socio abbia contrattato pei suoi affari personali, salvo ciocchè si dirà tra poco.

All' opposto nelle società in materia civile, i socj, se non siensi espressamente soggettati alla solidalità, non son tenuti solidalmente de' debiti della società, ed uno di essi non può obbligare gli altri, se costoro non gliene abbiano accordata la facoltà; art. 1862 c. c. = *1734 ll. cc.*

Ma i socj sono obbligati verso il creditore col quale hanno contrattato, ciascuno per una somma e parte uguale, ancorchè uno di essi avesse in società una porzione minore, se il contratto non abbia specialmente ristretta l' obbligazione di costui in ragione della minor porzione; art. 1863 c. c. = *1735 ll. cc.*

Del resto la stipulazione esprimente che l' obbligazione si è contratta per conto sociale, obbliga soltanto il socio che ha contrattato, e non gli altri, purchè costoro non gliene abbiano data la fa-

colta, o che la cosa non siasi convertita in utile della società; art. 1865 c. c. = *1737 ll. cc.*

Nel caso di società commerciale in nome collettivo, se non amministrano tutti i socj, e l'atto di società ne indica uno o più soltanto come amministratori, allora gli altri non hanno la facoltà di obbligare i primi, quando anche sottoscrivessero *un tale e compagni;* essi non la obbligherebbero che sino alla concorrenza di ciocchè fosse provato essersi convertito a vantaggio della società, e colui che sottoscrisse l'atto lo sarebbe per l'intero. Se fossero molti coloro che avessero sottoscritto colla giunta *e compagni*, e senz'aver nondimeno qualità a tal uopo, sarebbero tenuti solidalmente tra essi, poichè la lor propria obbligazione deve avere tanto effetto quanto quella che avessero contratta per organo degli amministratori.

Allorchè l'obbligazione fu regolarmente contratta sotto la ragion sociale da chi aveva il dritto di farlo, per esempio un contratto di mutuo o una compra di mercanzie, quando anche il socio che lo sottoscrisse non avesse impiegato i valori da lui ricevuti nell'interesse della società, ma per suo conto privato, o gli avesse dissipati, gli altri socj in nome collettivo indicati nell'atto di società non ne sarebbero meno tenuti, e solidalmente, verso i creditori. Così richiede la sicurezza de' terzi che contrattano regolarmente sotto la fede della ragion sociale con chi ha qualità per obbligare la società.

Pothier (*delle Obbligazioni*, n.° 83) crede nondi-

meno che se apparisse dalla natura del contratto di non riguardar esso gli affari della società, per esempio, ci dice, se si trattasse dell'affitto di pòderi di proprietà del socio, questo contratto, abbenchè sottoscritto sotto la ragion sociale *e compagni*, non sarebbe obbligatorio per gli altri socj. Ciò è vero se l'altro contraente conoscesse dal contratto o in altro modo, che i fondi appartengono particolarmente al socio; giacchè l'art. 22 c. com. = *31 ll. ecc. com.*, stabilendo la solidalità tra socj in nome collettivo, per le obbligazioni firmate sotto la ragion sociale, parla *delle obbligazioni della società*, ciocchè vuol dire per gli affari che riguardano la società. Ma se mai vi fosse dubbio, se il conduttore potette credere che gl' immobili a lui affittati appartenevano alla società, allora l' obbligazione sarebbe regolata come le altre obbligazioni sociali firmate sotto la ragione sociale, salvo il regresso degli altri socj, se competa, contra il socio. In fatti ciò non è uno stabilire la solidalità nel dubbio, ma soltanto assicurare ai terzi la garantia che loro accorda la legge per le obbligazioni contratte sotto la ragione sociale, e che essi potettero credere di essere obbligazioni per gli affari sociali tostochè venivano contratte in simil forma.

Pothier dice in senso inverso, che quando il socio non abbia sottoscritto *e compagni*, si reputa aver contrattato pe' suoi affari particolari, e non obbliga i suoi socj. In fatti è questa la regola adottata dall' art. 22 c. com. = *31 ll. ecc. com.* Ma quell' au-

tore soggiunge, e con ragione, che se nondimeno il creditore giustifichi di aver contrattato in nome della società, ed il contratto riguardi effettivamente gli affari sociali, gli altri socj sono obbligati come se l'atto fosse stato sottoscritto sotto la ditta sociale. Stante ciò, vi sarebbe solidalità tra i socj. In fatti la condizione richiesta da questo art. 22, che le obbligazioni sieno firmate sotto la ditta sociale affinchè vi sia solidalità tra i socj in nome collettivo indicati nell'atto di società, non ha per iscopo di limitare a queste sole obbligazioni la solidalità, ma di stabilire la presunzione che quelle contratte diversamente da un socio, si reputano assunte per suo conto particolare, ed in conseguenza non obbligano la società; ma quando siffatta presunzione vien distrutta dalla pruova che l'obbligazione sia stata realmente contratta per conto ed interesse della società, allora questa obbligazione è come qualunque altra che fosse firmata sotto la ragion sociale, e deve produrre i medesimi effetti. Certamente a chi avesse fatto gli affari della società senza mandato, per esempio chi avesse pagato un debito della società, competerebbe l'azione di amministrazione di affari e solidalmente contra ciascuno de' socj in nome collettivo; or la ragione è la stessa nella specie.

196. Finalmente in appresso (n.° 265) Pothier dice puranche: « Due negozianti che comprano in« sieme una partita di mercanzie, abbenchè non « vi sia altronde alcuna società tra loro, son repu« tati socj per questa compra, e come tali sono

« obbligati solidalmente, abbenchè la solidalità non « sia espressa. Bornier, sull'art. 7 del titolo IV del- « l' ordinanza di commercio del 1673, riferisce una « decisione del parlamento di Tolosa che giudicò in « tal modo, e ciò passò in massima. »

È questo eziandio il parere di Jousse e di Savary, *parere* 61, i quali si fondano sulla l. 4, ff. *pro socio* ove si dice: *societas coiri potest re.*

Dovrebbe essere viemaggiormente lo stesso se due commercianti che han fatto una società in partecipazione contrattassero unitamente per una cosa relativa a quella che lor fosse comune.

Pardessus seguì la dottrina di questi autori nel suo *Corso di dritto commerciale* (1), ove dice che se due socj in partecipazione abbiano sottoscritto un'obbligazione riguardante la cosa comune, essi sono obbligati solidalmente, ed è lo stesso abbenchè l'obbligazione non fosse stata sottoscritta che da un d'essi soltanto, se sia provato, o con testimoni o altrimenti, che tutto quanto fu somministrato dal creditore entrò nell'operazione comune. Secondo questo autore, non vi sarebbe altra differenza circa alla solidalità tra i socj in nome collettivo e quelli in partecipazione, se non che i primi sono obbligati solidalmente per tutte le obbligazioni contratte sotto la ragion sociale, quando anche la cosa ricevuta non si fosse convertita in vantaggio della società; in vece che i secondi sono obbligati solidalmente, mediante la prova che l' ob-

(1) Tomo II, n.° 182, e tom. IV, n.° 1049, edizione del 1821.

bligazione fu contratta per la cosa comune, o mediante la sottoscrizione de' diversi socj. E Pardessus cita a tal proposito l'art. 1862 c. c. = *1734 ll. cc.*, il quale dice in fatti: « Nelle società, escluse quelle « di commercio, i socj sono obbligati solidalmente « pe' debiti sociali: ed uno de'socj non può obbli- « gare gli altri, se costoro non gliene abbiano ac- « cordata la facoltà »: donde conchiude implicitamente che nelle società in partecipazione come nelle società in nome collettivo, i socj sono ancora oggidì tenuti solidalmente, come lo erano per le antiche regole.

Ma puossene dubitare, e noi, che ci siam fatti una massima di non iscorgere solidalità che nei casi in cui fu espressamente convenuta ed in quelli in cui la legge positivamente la stabilì, dubitiamo moltissimo che sussista nell'attuale dritto e senza stipulazione tra due negozianti che comprino in comune una partita di mercanzie, o che contrattino con un terzo di affari riguardanti la società in partecipazione già tra essi esistente: in somma non crediamo che negli attuali principj la solidalità abbia luogo di dritto nelle semplici società in partecipazione, senza pregiudizio però di quella risultante da lettere di cambio e biglietti ad ordine, di cui in appresso parleremo.

In fatti queste espressioni del detto art. 1862, *escluse quelle di commercio*, non significano che la solidalità ha luogo in tutte le società di commercio; giacchè l'articolo aveva soltanto per oggetto di sta-

bilire, 1.° che essa non avrebbe luogo di dritto nelle società non commerciali; e 2.° che uno de' socj non potrebbe obbligare gli altri senza facoltà a tal uopo: lo che prova evidentemente che si avevano in mira le società in nome collettivo, nelle quali uno de' socj al contrario obbliga gli altri, allorchè contratta sotto la ditta sociale. Tuttociò che puossi inferire da queste espressioni si è che le leggi sul commercio sono quelle le quali regolano, riguardo alla solidalità come per altri oggetti ancora, le società formate tra commercianti: or il Codice di commercio non istabilisce la solidalità che nelle società in nome collettivo; ma non parla delle società in partecipazione: forse è questa una omissione, ma finalmente sussiste, e non appartiene ai giudici di ripararla; per conseguenza queste società sono lasciate riguardo a tale oggetto sotto l'impero del dritto comune stabilito dall' art. 1202 c. c. = *1155 ll. cc.*

D'altra banda l'art. 19 c. com. = *28 ll. ecc. com.* riconosce soltanto tre specie di *società* commerciali: quella in nome collettivo, quella in commandita, e la società anonima. In verità l' art. 47 c. com. = *56 ll. ecc. com.* dice che indipendentemente dalle suddette tre specie di società, la legge riconosce le *società commerciali in partecipazione*; ma siffatta distinzione risponderebbe già in parte all' argomento desunto dalle espressioni dell'art. 1862 c. c. = *1734 ll. cc.*, *escluse quelle di commercio*, poichè lo stesso Codice di commercio non considera

le *società in partecipazione* come vere *società di commercio.*

L' art. 1107 c. c. = *1061 ll. cc.* dice che le regole particolari alle convenzioni commerciali sono stabilite dalle leggi relative al commercio; e finalmente l' art. 18 c. com. = *27 ll. ecc. com.* dice che il contratto di società si regola col *dritto civile,* colle leggi particolari sul commercio e colle convenzioni delle parti: dunque, eccettuato il caso di una disposizione particolare al commercio, o di una convenzione delle parti, la società anche tra commercianti vien regolata dal dritto civile; essa dunque non induce solidalità: or il Codice di commercio, lungi dallo stabilirla in qualunque società commerciale, non la stabilisce che nelle società in nome collettivo. Noi non iscorgiamo ciocchè puossi rispondere a disposizioni tanto positive, anche ammettendo altronde che sarebbe forse stato utile eziandio di stabilire la solidalità nelle società in partecipazione; ma, ripetiamolo, la legge non lo fece.

La dottrina antica aveva per base la ragione, ed era il risultamento della disposizione dell' art. 7, tit. 4 dell' ordinanza del 1673 *sul commercio*, che stabiliva la solidalità fra socj commercianti indistintamente; imperocchè avvi in effetti società per una cosa comprata in comune per essere rivenduta in comune, o per essere custodita in comune. Ma è forza convenire che oggidì questa specie di società non produce, per effetto di qualsivoglia disposizione, sia del Codice civile, sia del Codice di commercio,

la solidalità fra compratori, abbenchè il loro atto possa essere qualificato *società in partecipazione.*

Una decisione della Corte di Parigi, del 3 febbraio 1809 (1), riconobbe nondimeno per massima che la solidalità esisteva di dritto fra gl' interessati di una società in partecipazione; ma la specie era surta vigenti le leggi anteriori al Codice di commercio, ed anche al Codice civile: l' atto era degli 11 nebbioso anno 2; sicchè tale decisione non è di peso alcuno nella quistione.

Un' altra decisione della medesima Corte, confermata di poi in cassazione, del 26 marzo 1817 (2), condannò del pari solidalmente un individuo, riconosciuto nel fatto socio in partecipazione, al pagamento di lettere di cambio firmate da due socj, quantunque non sotto una ditta sociale; ma eranvi nella causa fatti e circostanze particolari le quali evidentemente attestavano che i soscrittori non altro erano presso a poco se non prestanomi, con una modica parte negli utili, e che il reo convenuto amministrava egli solo gli affari della società, teneva egli solo i registri ed aveva egli solo impiegata una somma effettiva, non avendo gli altri messo, sotto sembiante di locazione, che la loro industria soltanto, per un debole interesse, e le cambiali erano state firmate per mercanzie adoperate in vantaggio presso a poco del solo convenuto. Quindi questa se-

(1) *Sirey*, 1809, 2, 242.
(2) *Sirey*, tomo XVIII, part. 1, pag. 53.

conda decisione neanche è di alcuna autorità nella quistione che ci occupa.

Chechè ne sia, posteriormente (1) quella Corte riconobbe benanche, per massima, che secondo l'attuale legislazione, la solidalità non esiste di dritto nelle società in partecipazione; e prodottosi ricorso, la Corte di cassazione confermò in questi termini (2): « Attesochè la decisione impugnata dichia-
« rando in dritto che i membri di una società in
« partecipazione non erano solidali, nè risponsabili
« se non delle loro obbligazioni personali, lungi di
« aver violato le disposizioni del Codice di commer-
« cio, ed in ispecie gli art. 18 e 48 c. com. = 27
« *e 57 ll. ecc. com.*, vi si è al contrario esattamen-
« te uniformato, ec.; Rigetta ».

In sostegno del ricorso eransi anche invocate queste parole dell'art. 1862 c. c. = *1734 ll. cc., escluse quelle di commercio;* ma siccome esse non significano che in *ogni* società di commercio avvi solidalità di dritto fra i socj, la Corte di cassazione non ebbe alcun riguardo a tal mezzo.

In verità nella specie trattavasi soltanto di conoscere se le obbligazioni firmate da uno de' socj in partecipazione fossero obbligatorie per gli altri; mentrechè nella specie della quistione stabilita da principio trattasi di sapere se due commercianti i quali comprano in comune una partita di mercanzie, o che contrattano congiuntamente per un affare riguar-

(1) Nel dì 8 luglio 1819; *Sirey*, 22, 1, 77.
(2) Arresto del 9 gennaro 1821; *Sirey*, *ibid.*, pag. 78.

dante quello che loro è comune, sieno per legge tenuti in solido al pagamento del prezzo o dell' obbligazione; ma la regola è la stessa: tostochè si riconosce che il dritto attuale non istabilisce la solidalità tra i socj semplicemente socj in partecipazione, ciascuno non dev' essere di altro tenuto che della sua parte virile nel prezzo della compra o nell' obbligazione, uniformemente al dritto comune, se del resto non vi abbiano essi derogato con una convenzione di solidalità.

Niuna ragione altronde milita in favore della solidalità quando la mercanzia non sia comprata colla mira di essere rivenduta in comune, ma per essere divisa all' istante, il che frequentemente avviene: per esempio, allorchè due negozianti di vino facendo un traffico separato, comprano una partita di vino per dividerla all' istante medesimo, per loro spaccio particolare; imperocchè in questo caso niuno di essi ha ispezione sulla parte dell' altro, come nelle società in nome collettivo: i loro interessi sono affatto distinti; uno può perdere sulla sua parte, e l'altro guadagnare sulla propria; in somma niuna di quelle ragioni che fecero stabilire la solidalità nelle società in nome collettivo si rinviene in simil caso. Ma bisogna anche risolverlo così nelle compre fatte in comune per rivendere in comune, o per custodire, poichè, ripetiamolo, la legge attuale nettampoco stabilisce la solidalità in questi casi; e non potrebbe il magistrato estendere le sue disposizioni in questo punto senza commettere un abuso di pote-

re. La solidalità è di stretto dritto, di esorbitante dritto.

197. Allorchè una donna maritata in comunione contrae un debito col consenso di suo marito, obbliga solidalmente costui, giusta l' art. 1419 c. c., giacchè la legge suppone di essersi contratto il debito nell' interesse della comunione o del marito, ed essa temè che il marito non adoperasse a questo effetto il ministero di sua moglie per esimersi alle conseguenze delle obbligazioni formate in realtà nel suo interesse. Vieppiù nel caso stesso di comunione il marito è obbligato in solido, qualora siasi obbligato congiuntamente con sua moglie, quantunque la solidalità non fosse stipulata nell' atto, salvo ben vero stipulazione in contrario. Ma nella specie la moglie non sarebbe tenuta che per la sua parte, in conformità del dritto comune; art. 1487 c. c.

Se la moglie sia pubblica mercantessa, e vi sia similmente comunione tra i coniugi, essa obbliga suo marito pei debiti che riguardano la sua mercatura (art. 220 e 1426 c. c. = *209 e 1397 ll. cc.*), e l'obbliga pure solidalmente; art. 1419 c. c. (1).

198. Se più persone abbiano unitamente preso in prestito la stessa cosa, ne sono solidalmente tenute verso il comodante; art. 1887 c. c. = *1759 ll. cc.*

Ma in senso inverso, se più condomini della stessa cosa l' abbiano data in prestito ad una o più persone, non sono essi solidalmente risponsabili dell' azione

(1) *V.* tomo II, n.° 481.

che avrebbe il comodatario a motivo delle indennità che, giusta l'art. 1890 c. c. = *1762 ll. cc.*, gli potrebbero esser dovute per ispese straordinarie che fosse stato costretto di fare per la conservazione della cosa; imperocchè la legge non istabilisce la solidalità in questo caso, e la ragione di stabilirla non era la stessa che nel caso precedente, in cui il contratto è in vantaggio soltanto de' debitori, mentrechè in questo fu esso fatto nel solo interesse del creditore. E circa ai danni ed interessi che potrebbero esser dovuti al comodatario pei difetti occulti della cosa, che i comodanti conoscevano e che gli sono stati di nocumento (art. 1891 c. c. = *1763 ll. cc.*), la quistione se i comodanti ne sieno tenuti in solido dipende da quella ch' è stata già discussa, cioè se in materia di quasi delitto avvi solidalità tra coloro che commisero il fatto, allorchè ne vien dimandata la riparazione in linea civile; giacchè evidentemente in questo caso avvi un quasi delitto che precede o accompagna la formazione del contratto, e talvolta anche potrà esservi un vero delitto.

199. *Quid* in fatto di deposito, così circa ai depositarj che riguardo ai deponenti? Il Codice tace intorno alla solidalità circa agli uni ed agli altri, benchè la stabilisca altronde fra le persone che abbiano costituito un mandatario per un affare comune; art. 2002 c. c. = *1874 ll. cc.*.

Circa ai depositarj, sembrerebbe, giusta la legge 9, *princip.* ff. *de duobus reis stipul.*, che sussisteva in dritto romano tra essi come tra i comodatarj:

Eamdem rem apud duos pariter deposui, utriusque fidem in solidum secutus, vel eamdem rem duobus similiter commodavi: fiunt duo rei promittendi. Ma da queste parole *utriusque fidem in solidum secutus* Ubero deduce che il giureconsulto ragiona nella ipotesi di una convenzione di solidalità; donde conchiude che essa non avea luogo di dritto (1); mentrechè altri credono che tali parole non altro esprimano se non il fatto medesimo del deposito o del comodato, ed in conseguenza una semplice convenzione *tacita* producente la solidalità.

Chechè siane, l'art. 1202 c. c. = *1155 ll. cc.* non permette di dire ch'essa esiste oggidì per legge fra due depositarj, poichè niuna disposizione del titolo del deposito la stabilisce; salvo nondimeno il caso in cui avessero commesso un abuso di fiducia sottraendo o dissipando il deposito; giacchè allora vi sarebbe delitto, giusta l'art. 408 c. pen. = *430, n.° 4 ll. pen.*, ed in conseguenza solidalità tra i correi del fatto, giusta l'art. 55 del medesimo Codice = *55 ll. pen.*, quando anche la punizione fosse dimandata innanzi ai tribunali civili.

Ma nel caso di semplice colpa o negligenza, non saravvi solidalità fra i diversi depositarj, giacchè non vi sarà delitto, ed a parer nostro la solidalità in materia di quasi delitto (supponendo che vi fosse luogo a qualificar così il fatto di negligenza o d'im-

(1) *V.* nondimeno la l. 1.ª, § 43, ff. *depositi vel contra.* Ma è indubitato che questa solidalità non aveva interamente gli stessi effetti di quella che esisteva fra due *rei promittendi.*

prudenza commesso in occasione di un contratto, il che non crediamo vero in modo assoluto), solo innanzi ai tribunali di polizia può essere pronunciata. A dir vero il deposito è indivisibile nell'intenzione de' contraenti, quando anche sia di una cosa divisibile (art. 1218 c. c. = *1171 ll. cc.*), nel qual caso ancora la divisibilità non ha effetto se non per riguardo alla restituzione ai diversi eredi del deponente, a ciascun de'quali la cosa dev'essere restituita per la sua parte soltanto (art. 1939 c. c. = *1811 ll. cc.*); ma l'indivisibilità non è solidalità. Se i depositarj fossero solidali, la perdita della cosa depositata avvenuta per colpa di uno di essi o dopo la sua costituzione in mora, non libererebbe gli altri, i quali in verità non dovrebbero danni ed interessi, ma dovrebbero almeno il prezzo della cosa (art. 1205 c. c. = *1158 ll. cc.*); in vece che nelle obbligazioni semplicemente indivisibili senza solidalità, la perdita della cosa avvenuta per colpa di uno de' debitori, o dopo la sua costituzione in mora, ma senza che gli altri sieno stati in colpa o in mora, non vien sopportata se non da lui, anche circa al valore della cosa. Quindi la l. 1, § 43, ff. *depositi vel contra*, dichiara che quel depositario il quale non è in colpa non può essere condannato per la colpa dell'altro, lo che si riduce a dire ch'è liberato stante la perdita della cosa. È questa una delle notabili differenze ch'esistono tra le obbligazioni semplicemente indivisibili e le obbligazioni solidali, divisibili oppur no.

Circa ai deponenti, se vedesi un mandato virtualmente compreso nel deposito fatto da essi congiuntamente, almeno per ciò che li riguarda, bisognerebbe dire con l'art. 2002 c. c. = *1874 ll. cc.* che essi sono solidalmente risponsabili delle indennità che potrebbero esser dovute al depositario, a motivo delle spese che avesse fatte per conservar la cosa depositata (art. 1947 c. c. = *1819 ll. cc.*), o per la mercede che gli fosse stata promessa; art. 1928 c. c. = *1800 ll. cc.* Ed in effetti egli è difficile di non iscorgervelo, quantunque, secondo la purezza delle massime, e per altri riguardi, il deposito non dev' essere confuso col mandato.

200. Allorchè il mandatario, diciam noi, sia stato costituito da più persone per un affare comune, ciascuna di esse è tenuta solidalmente (a) di tutti gli effetti del mandato; art. 2002 c. c. = *1874 ll. cc.*

E la legge non distingue tra il caso in cui il mandato sia con mercede convenuta, come può esserlo secondo le regole del Codice senza cessare perciò di esser mandato (art. 1999 c. c. = *1871 ll. cc.*), ed il caso in cui sia gratuito, abbenchè non vi fosse forse maggior ragione di stabilire la solidalità tra i mandanti allorchè il mandato sia con mercede, che negli altri contratti interessati da una parte e l'altra, come la vendita, la locazione, ec.

201. Ma se vi fossero più mandatarj, essi non

(a) Appresso noi i contraenti sono anche tenuti solidalmente, ai termini dell'art. 132 della legge sul notariato dei 23 novembre 1819, pel pagamento degli onorarj a favore dei notaj. Trad.

sarebbero per questo, senza espressa stipulazione, creditori solidali delle indennità che potrebbero loro esser dovute: ciascuno lo sarebbe sol per quelle che gli fossero dovute, in ragione delle somme da lui sborsate e della mercede che gli fosse stata promessa.

202. Fu giudicato (1) che la disposizione del suddetto art. 2002 era applicabile al caso in cui più persone avevano dato incarico ad un notaio di liquidare una eredità a cui erasi fatto luogo in lor favore. Il notaio ebbe l'azione solidale, anche pei suoi onorarj. Del resto convenivasi nella causa che essa sarebbe stata ben fondata per le somme che si fossero mai erogate.

In conseguenza per gli atti di vendita o di locazione, nei quali il costo dell'atto è nondimeno a carico del solo compratore o conduttore, salvo convenzione in contrario, il notaio non ha meno l'azione solidale contra il venditore o il locatore, giacchè l'atto è una cosa comune alle due parti in quanto che interessa ugualmente entrambi.

Ma avvien forse così per riguardo ai dritti di registro degli atti di alienazione, i quali dritti, ai termini dell'art. 31 della legge del 22 glaciale anno 7, debbono sopportarsi dal compratore, e che furono anticipati del notaio? Questo pubblico ufficiale, giusta l'art. 29 della medesima legge, è in obbligo di far registrare l'atto e di pagare i dritti fra i termini stabiliti dall'art. 33, sotto pena di mul-

(1) Arresto di cassazione del 27 gennaio 1812; *Sirey*, 12, 1, 198. Tale arresto è importante, come arresto di massima.

ta, salvo il suo regresso contra le parti; art. 31. Tale regresso gli è dunque accordato contro ciascuno di essi, poichè la legge non distingue. In conseguenza non avvi luogo a dire che il notaio non possa sperimentarla se non contro quella che deve in ultimo sopportare i dritti. Ciò non gli appartiene: egli ha sborsate somme che erano una conseguenza necessaria dell'atto da lui rogato, atto comune alle due parti, e di cui ciascuna di esse, per questo medesimo motivo, è solidalmente risponsabile, giusta i canoni che regolano l'obbligazione dei mandanti. Fu così giudicato con arresto di cassazione nel 26 giugno 1820 (1).

203. Fu puranche giudicato (2) che il patrocinatore incompensato di agire per più persone in una causa che loro era comune, aveva un'azione solidale contra ciascuna di esse pel valore delle somme da lui erogate. Egli è in fatti mandatario al pari del notaio.

Infine il tribunale che nomina un liquidatore di una società commerciale può condannare solidalmente i socj a pagar le spese e la fatica di questo arbitro liquidatore, giacchè vien riputato il comun mandatario de' socj (3).

Deve avvenir lo stesso circa agli arbitri scelti volontariamente, come fu giudicato dalla Corte di Bordò con sua decisione del 14 gennaio 1826 (4).

---

(1) *Sirey*, 20, 1, 409.

(2) Decisione della Corte di Orleans del 26 luglio 1827; *Sirey*, 28, 2, 159.

(3) Arresto di rigetto del 17 gennaio 1823; *Sirey*, 24, 1, 94.

(4) *Sirey*, 26, 2, 217.

È circa ai periti (1).

204. Ma nei casi di semplice amministrazione di affari riguardanti molti, senza mandato, e che non sono socj in nome collettivo, non crediamo noi, malgrado l'analogia che vi è tra l'amministrazione di affari ed il mandato, di avere il gestore un'azione solidale contra ciascun condomino o cointeressato. Poco importa che l'art. 1372 c. c. = *1326 ll. cc.* dica che il gestore si assoggetta a tutti gli obblighi i quali risultassero da un mandato espresso conferitogli dal proprietario: non segue necessariamente da ciò che i diversi proprietarj sieno tenuti come mandanti per ciocchè riguarda la solidalità. Essa è di stretto dritto, e qui la legge non la stabilì.

Nondimeno le parti saranno tenute verso il gestore non *pro parte virili*, ma a seconda del loro rispettivo interesse nell'affare o nell'amministrazione; mentrechè se vi fosse stato un contratto fra i diversi comproprietarj o cointeressati ed il gestore, ciascuno di essi sarebbe stato tenuto per la sua parte uguale, ancorchè avesse avuto in società una porzione minore, se non avesse altronde ristretta la sua obbligazione in ragione di questa minor porzione; art. 1863 c. c. = *1735 ll. cc.*

---

(1) Arresto di rigetto degli 11 agosto 1813, sezione civile; *Sirey*, 15, 1, 94. La Corte nondimeno qualificò come *indivisibile* l'obbligazione, ed applicò alla causa l'art. 1222 c. c. = *1175 ll. cc.* Noi crediamo di esser questo piuttosto il caso di un' obbligazione solidale, che quello di un' obbligazione indivisibile.

205. Pei diversi mandatarj incaricati del medesimo affare, essi sono obbligati in solido, sol quante volte la solidalità sia stata espressa nel contratto (art. 1995 c. c. = *1867 ll. cc.*), senza che nettampoco si debbe distinguere tra il caso in cui il mandato sia con mercede convenuta, ed il caso in cui sia gratuito.

206. Nondimeno i diversi esecutori testamentarj che hanno accettata l'esecuzione del testamento sono tenuti in solido (a) a render conto de' mobili loro affidati, purchè il testatore non abbia diviso le loro funzioni, e ciascuno di essi non siasi ristretto a quella che gli fu attribuita; art. 1033 c. c. = *988 ll. cc.* (1).

207. E fu giudicato dalla Corte di Poitiers e di poi da quella di cassazione, sezione civile (2), che i sindaci provvisorj di un fallimento sono tenuti in solido (b) delle obbligazioni risultanti dalla loro gestione, in forza della natura medesima dell'amministrazione loro affidata.

(a) I fideiussori verso un medesimo debitore e per lo stesso debito, a norma dell'art. 1897 delle nostre leggi civili, sono obbligati ciascuno per l'intero debito. In oltre gli eredi sono tutti tenuti ipotecariamente per l'intero: art. 794, 935, 966, 971, 1174, 1178, 1953 e 2000 delle dette leggi civili. Trad.

(1) *V.* tomo IX, n.° 423.

(2) Arresto del 18 gennaio 1814; *Sirey*, 1814, 1, 67.

(b) I decurioni ed i sindaci presso di noi, ed in Palermo i membri del decurionato, sono obbligati solidalmente per la nomina degli esattori comunali della fondiaria, e per la fedeltà e comodità del tesoriere addetto agli ufficj del senato; art. 11 del decreto dei 19 dicembre 1811, ed art. 37 del regolamento del 1.° giugno 1826. Trad.

Dovrebb'esser così, pei medesimi motivi, riguardo ai diversi amministratori, depositarj ed altri, scelti direttamente dai tribunali.

La Corte di cassazione, non essendovi un testo positivo che stabilisca la solidalità nei casi di cui trattasi, credè di trovare questa pretesa solidalità, che riguardò come una *indivisibilità*, « nella circostanza « che i sindaci sono tanti mandatarj nominati dalla « giustizia, ai termini dell'art. 480 c. com. = *472* « *ll. ecc. com.*; che per la natura medesima delle « loro funzioni, essi sono solidali, attesochè vengono « incaricati congiuntamente di un' amministrazione « la quale è comune a tutti, di una vigilanza che « tutti debbono ugualmente usare per maggior si- « curezza degl' interessi della massa de' creditori, « che ciascuno di essi non può dunque esercitare « parzialmente o diversamente, e che li sottopone « in conseguenza ad una risponsabilità ugualmente « comune, ugualmente *indivisibile*, le cui cure deb- « bono cadere su tutti, poichè le negligenze e le « colpe sono opera di tutti: donde segue che essa « induce di pieno dritto la solidalità, poichè nel « caso anche in cui l' obbligazione *indivisibile* non « fosse che convenzionale, produrrebbe *solidalità*, « secondo gli art. 1218 e 1222 c. c. = *1171 e 1175* « *ll. cc.*

« Che l' art. 1995 c. c. = *1867 ll. cc.* il quale « in taluni casi contiene una eccezione alle dispo- « sizioni degli art. 1217 e 1218 c. c. = *1170 e 1171* « *ll. cc.*, non è applicabile alla specie, poichè non

« trattasi di un mandato convenzionale, in cui le parti « avevano potuto stipulare volontariamente, ma di una « amministrazione affidata dai tribunali, e le cui ob- « bligazioni sono regolate dalla sola legge, senza che « possano essere modificate da alcuna stipulazione ».

Laonde la Corte di cassazione riguardò l'obbligazione de'sindaci come una obbligazione indivisibile, regolata dai succitati art. 1218 e 1222; e questa obbligazione indivisibile come un'obbligazione solidale. Ma ammettendo che, nonostante le regole del mandato ed il sopraddetto art. 1995, avesse potuto considerar l'obbligazione come indivisibile, non era questa una ragione da conchiudere che era solidale, nè soprattutto di far per massima e per dritto risultare la *solidalità* da questi medesimi art. 1218 e 1222: la Corte confuse due specie di obbligazioni che hanno tra esse notabili differenze, e soprattutto circa al punto di cui trattavasi nella causa.

In fatti gli autori, e particolarmente Molineo e Pothier, insegnano che nelle obbligazioni indivisibili la condanna ai danni ed interessi non ha luogo pel totale quando il convenuto mette in causa i suoi condebitori; ed il Codice sancì questa facoltà di porre in causa i condebitori, con l'art. 1225 c. c. = *1178 ll. cc.*, il quale dispone che « l'erede del debitore « convenuto per l'intera obbligazione (indivisibile) « può dimandare un termine per chiamare in giu- « dizio i suoi coeredi; purchè il debito non sia di « tal natura che non possa essere soddisfatto se non « dall' erede convenuto, il quale IN TAL CASO può

« *essere egli solo condannato;* salvo il regresso per la « sua indennità contra i coeredi ». Dunque se l'obbligazione non sia di natura tale da non poter essere soddisfatta che da lui solo, la condanna deve pronunciarsi contra tutti coloro i quali sono stati messi in causa, e divisamente. Ciò non forma altronde alcun dubbio, in diverso caso le obbligazioni semplicemente indivisibili non differirebbero, per così dire, che di nome dalle obbligazioni solidali; mentrechè vi sono fra esse molte notabili differenze, e quella pocanzi citata è forse la principale: essa fu sempre riconosciuta.

Avvien lo stesso, e pei medesimi motivi, quando l'obbligazione indivisibile esiste fra molti debitori: gli art. 1222 e 1223 c. c. = *1175 e 1176 ll. cc.* insiem combinati stabiliscono altronde l'assimilazione.

Or nella specie il debito non era di natura tale da non poter essere soddisfatto che dal sindaco convenuto, o da ciascuno di essi soltanto, se lo sieno stati tutti, poichè consisteva in danni ed interessi, cioè in una somma di danaro, cosa assai divisibile, e riputata a disposizione di qualsivoglia debitore. Dunque non era questo il caso di condannare ciascuno di essi per lo intero, almeno tostochè riconoscevasi che il debito era *indivisibile*, e ch'era solidale soltanto a motivo del suo carattere d'indivisibilità. Non si vide che gli effetti delle obbligazioni indivisibili non erano assolutamente simili a quelli delle obbligazioni solidali, il che è nondimeno incontrastabile, poichè l'art. 1225 c. c. = *1178*

ll. cc., che limita sì positivamente questi effetti nelle prime, non si applica alle seconde. Se l'art. 1219 c. c. = *1172 ll. cc.* dice che la solidalità stipulata non imprime all' obbligazione il carattere d'indivisibilità, viemaggiormente l'indivisibilità non imprime al debito quello della solidalità: le differenze sono ancora più importanti e notabili per tal riguardo, come in appresso si vedrà. Non potremmo adunque adottare quanto giudicò la Corte di cassazione, soprattutto considerando i motivi dai quali fu sì penosamente determinata. Del rimanente l'arresto fu emesso dopo una lunga deliberazione ed una viva discussione. Il ricorso erasi anche da principio ammesso.

Aggiungiamo che nel mandato convenzionale accettato da molti, senza che le loro funzioni sieno state divise, per esempio, allorchè trattisi di una sola operazione, una vendita, una compra, una transazione, l'esecuzione del mandato è certamente così indivisibile in sè stessa che nel caso di un mandato giudiziario; e non vi è un solo de'ragionamenti fatti dalla Corte di cassazione per istabilire l' indivisibilità degli effetti dell' obbligazione de' mandatarj in quest' ultimo caso, ed in conseguenza la solidalità che ne fece risultare, che non si applicasse ugualmente al primo. Nondimeno l'art. 1995 c. c. = *1867 ll. cc.* dice al contrario che la solidalità non avrà luogo tra i diversi mandatarj, se non quando si sarà stipulata, il che vuol dire similmente che anche sotto il pretesto d'indivisibilità della loro obbligazio-

ne, il mandante non potrà convenire alcuno di essi oltre la sua parte.

In somma egli è evidente che l'arresto ha unicamente per base che il mandato era giudiziario, e per tale riguardo converremo che in simil caso la legge avrebbe dovuto stabilire la solidalità come lo fece riguardo agli esecutori testamentarj, giacchè gl'interessati, viemeno che i legatarj, non iscelgono essi medesimi i mandatarj, non possono in conseguenza stipulare la solidalità, ed era ragionevole il dar loro le medesime garantie. Ma la legge è forse così fatta? stabilisce mai la solidalità di pieno dritto fra i mandatarj giudiziarj? No, bisogna confessarlo; è questa una laguna, e ci compiacciamo di riconoscerla: ma i tribunali avevan forse il dritto di riempirla quando esiste un testo così positivo come quello dell' art. 1202 c. c. = *1155 ll. cc.*? No certamente: essi non lo potettero con mezzi indiretti ed in modo inconseguente, dando all' obbligazione la caratteristica d'indivisibilità; imperocchè la legge stessa non attribuisce all'obbligazione indivisibile effetti simili a quelli che annette all'obbligazione solidale, ma al contrario si occupa in sezioni distinte di queste due specie di obbligazioni. Nelle obbligazioni indivisibili ciascuno è risponsabile de' suoi fatti; nelle obbligazioni solidali vi è pure risponsabilità del fatto degli altri debitori (art. 1205 e 1207 c. c. = *1158 e 1160 ll. cc.*): non avvi dunque parità. Nelle obbligazioni indivisibili ciascun debitore non deve l'intero pel solo fatto della sua promessa, ma avuta in mira soltanto

la natura dell' oggetto dell' obbligazione ; attesochè nell' obbligazione solidale ciascuno deve l'intero pel solo fatto della sua promessa: donde segue nel primo caso che quando l' obbligazione è convertita in danni ed interessi, siccome questi danni ed interessi sono cose divisibili, ciascuno non altro deve che la sua parte (1); mentrechè nel secondo ciascuno deve il prezzo della cosa da lui promessa per intero, benchè non possa consegnarsi per colpa di uno de' condebitori ; art. 1205 c. c. = *1158 ll. cc.* E se nell'obbligazione indivisibile senza solidalità la cosa fosse perita senza che gli altri si trovassero in colpa o in mora, sarebbero essi liberati ; imperocchè non garantiscono, come nel caso di solidalità, il fatto del loro condebitore, anche per ciocchè riguarda l' oggetto principale dell' obbligazione, cioè *ad perpetuandam obligationem.*

Del resto se i sindaci o altri delegati dai tribunali abbiano commesso un delitto nell' esercizio delle loro funzioni, un abuso di fiducia, non è dubbioso che quelli i quali sono autori del fatto e che vi parteciparono, sieno solidalmente risponsabili in virtù dell' art. 55 c. pen. = *51 ll. pen.;* e lo sarebbero, secondo ciò che abbiam detto più sopra, quando anche la riparazione fosse dimandata innanzi ai tribunali civili.

Ma qualora sia un fatto comune a più senz' alcun reato, una semplice negligenza, imprudenza o man-

(1) Molineo e Pothier.

canza di lumi, non avvi solidalità tra essi finchè una legge non l' avrà stabilita; e viemaggiormente riguardo a coloro che non vi avessero in realtà partecipato. E quando anche si dovesse dire che la solidalità esiste circa ai fatti generali preveduti negli art. 1382 e 1383 c. c. = *1336 e 1337 ll. cc.*, la cui riparazione fosse dimandata innanzi ai tribunali civili, il che non crediamo vero se non quando questi fatti producessero qualche pena secondo il Codice penale o altre leggi, non vi sarebbe sempre luogo a risolverlo così per semplici fatti di negligenza o d' imprudenza commessi nei contratti o convenzioni anche giudiziarie, giacchè niuna disposizione della legge autorizza a pronunciare la solidalità in simil caso, eccetto in quelli in cui essa ne contiene la espressa disposizione.

208. E appunto perchè non devesi estendere la solidalità da un caso ad un altro, e perchè la legge non la stabilì nell' obbligazione degli ascendenti e de' discendenti di somministrarsi tra loro alimenti, se avvi luogo, abbiamo risoluto che questa obbligazione non sia realmente solidale, ma soltanto indivisibile, lo che è ben diverso. Siccome discutemmo estesamente tale quistione nel titolo *del Matrimonio*, tomo II, n.° 424 e seguente, dove spiegammo le conseguenze della differenza, crediamo di dover rimettere a quanto dicemmo su questo punto controverso, che diè luogo a decisioni pro e contra.

209. Allorchè una madre, tutrice de' suoi figli,

si rimarita senz' aver convocato il consiglio di famiglia per decidere se la tutela le sarà oppur no conservata, perde *ipso jure* la tutela, ed il suo nuovo marito è solidalmente risponsabile di tutte le conseguenze della tutela ch'essa ha indebitamente conservata (art. 395 c. c. = *317 ll. cc.*), cioè di tutta la sua amministrazione, anche anteriore al matrimonio.

Ma se il consiglio di famiglia, legalmente convocato, conserva la tutela alla madre, le dà necessariamente per contutore il secondo marito, il quale diviene solidalmente risponsabile con sua moglie, e soltanto dell' amministrazione posteriore al matrimonio; art. 396 c. c. = *318 ll. cc.* (1).

210. Avvi pure solidalità nel caso preveduto dall'art. 1442 c. c. = *1406 ll. cc.*, cioè quando il coniuge superstite non abbia fatto l'inventario de' beni della comunione e vi sieno figli minori: in tal caso il tutor surrogato è tenuto solidalmente delle condanne che potessero pronunziarsi a vantaggio de' minori circa all' esistenza delle cose comuni.

211. I diversi inquilini di una casa sono tutti solidalmente risponsabili dell' incendio, ammenochè non provino che l' incendio sia avvenuto per caso fortuito o forza irresistibile, o per vizio di costruzione, o che il fuoco siasi comunicato da una casa vicina, nei quali casi nè gli uni nè gli altri nè sono tenuti, ovvero non provino che l'incendio sia inco-

(1) *V.* quanto si disse su questo punto nel tom. III, n.° 425 e seguenti.

minciato nell' abitazione di uno di loro, nel qual caso costui soltanto ne dee rispondere; o che alcuno di loro non provi che l'incendio non ha potuto incominciare nella propria abitazione, nel qual caso gli altri soli ne son tenuti; art. 1733 e 1734 c. c. = *1579 e 1580 ll. cc.* È questo un provvedimento di polizia e di sicurezza.

Vieppiù la solidalità esiste, pel medesimo oggetto, tra molti inquilini che hanno lo stesso affitto, sia della casa intera, sia di un semplice appartamento; giacchè essi hanno viémeglio de' semplici pigionanti vicini il mezzo d'invigilarsi.

212. Il traente ed i giranti di una cambiale sono garanti solidali dell'accettazione e del pagamento alla scadenza; art. 118 c. com. = *117 ll. ecc. com.*

Avvien lo stesso di quelli che hanno garentito il pagamento per avallo; art. 141 *ibid.* = *140 ibid.*

In somma tutti coloro che han firmato, accettato o girato una lettera di cambio, sono obbligati in solido alla garantia verso il possessore; art. 140 *ibid.* = *139 ll. ecc. com.*

213. Queste disposizioni sono applicabili ai biglietti ad ordine, senza pregiudizio nondimeno di quelle riguardanti i casi preveduti dagli art. 636, 637 e 638 del medesimo Codice = *615, 616 e 617 ll. ecc. com.*; art. 187 c. com. = *187 ll. ecc. com.*

Cioè che quando i biglietti ad ordine non hanno che firme d'individui non commercianti e non sono per occasione di operazioni di commercio, traffico, cambio, banca o senseria, il tribunale di commercio

è obbligato di rinviare al tribunale civile, se ne sia richiesto dal convenuto; art. 636 c. com. = *615 ll. ecc. com.*

Ed allorchè questi biglietti hanno nel tempo stesso la firma d'individui negozianti ed individui non negozianti, il tribunale di commercio deve giudicarne, ma non può pronunciare l'arresto personale contra gl'individui non negozianti, ammenochè non sieno obbligati in occasione di operazioni di commercio, traffico, cambio, banca o senseria; art. 637 c. com. *616 ll. ecc. com.*

Infine i biglietti fatti da un commerciante si reputano fatti pel suo commercio, e quelli de' ricevitori, pagatori, percettori o altri che son tenuti a dar conto di danaro pubblico, si reputano fatti per la loro amministrazione allorchè non vi sia enunciata un'altra causa; art. 638 c. com. = *617 ll. ecc. com.*

Ma ciò non decide se un biglietto chiamato *ad ordine* firmato da più individui, senza espressione di solidalità, non sia solidale sol perchè è sottoscritto da persone non commercianti, e che anzi non abbia per causa un'operazione di commercio: le disposizioni di questi articoli non riguardano se non la competenza de'tribunali, i quali debbono giudicare de'biglietti di simile qualità, e l'arresto personale, che non deve pronunciarsi contra gl'individui non commercianti se non siensi obbligati trattandosi di un'operazione commerciale. Sicchè per riguardo alla solidalità la disposizione dell'art. 187 *ibid.* = *187 ibid.* conserva tutta la sua forza.

Egli è vero che questi biglietti non altro hanno se non effetti civili, e che sono sottoposti alla disposizione dell' art. 1326 c. c. = *1280 ll. cc.*, come in appresso dimostreremo; ma ciò non importa circa alla solidalità, la quale può aver luogo nelle obbligazioni civili del pari che nelle commerciali, purchè le parti vi si sottopongano, o ve li sottoponga la stessa legge: or la legge ve gli assoggetta, poichè non fece eccezione, ed altronde tostochè individui non commercianti seguono una forma di obbligazioni che per dritto comune produce solidalità, è come se essi ne convenissero specialmente. Diciamo *che per dritto comune produce solidalità*, giacchè i biglietti ad ordine sono generalmente effetti di commercio; in favore appunto del commercio se ne fa la cessione con una semplice girata, ed i terzi che hanno ricevuto l'effetto per questa via, o anche per un' altra, non debbono essere privati della garantia annessa alla solidalità, per effetto di una circostanza che spesso non sono in istato di conoscere. Se avvien diversamente circa alla competenza de' tribunali di commercio ed all'arresto personale, ne è motivo che son essi oggetti d' interesse pubblico, e che, soprattutto per ciocchè riguarda l'arresto personale, le parti non potettero sottoporvisi, anche con espressa convenzione (art. 2063 c. c.): esse non lo potevano che per la professione di commerciante o per fatti particolari di commercio, il che non esiste nella specie, come si suppone.

Quindi non avvi contraddizione alcuna con le re-

gole da noi abbracciate in questa materia, di non presumersi la solidalità, di non aver luogo se non in virtù di una convenzione o di una disposizione della legge; giacchè tale convenzione trovasi nell'essersi seguito un modo di obbligazione il quale per natura sua produce la solidalità; e trovasi qui di aver luogo in virtù dell'art. 187 c. com. = *187 ll. ecc. com.*, che non è menomamente modificato da alcun'altra disposizione in questo punto, quantunque il biglietto ad ordine siasi firmato da persone non commercianti.

Pel medesimo motivo il girante non commerciante non ha il beneficio di escussione; e qualora sieno molti che abbiano fatto la medesima cessione congiuntamente, essi nettampoco hanno il beneficio di divisione. In somma la solidalità esiste in modo perfetto.

214. Vedremo nella sezione seguente se dall'avere un debitore facoltà d'incaricare, in forza del titolo, uno de' suoi eredi dell'adempimento dell'obbligazione (art. 1221, 4.° c. c. = *1174 ll. cc.*, debbasene desumere la conseguenza che possa per lo stesso motivo obbligarli tutti cogli effetti della solidalità perfetta, nel modo come essa esiste nelle regole del dritto attuale.

ART. III.°

Degli effetti della solidalità fra i debitori.

215. Il dritto del creditore in una obbligazione solidale non consiste soltanto nella facoltà ch'egli ha di rivolgersi a quel debitore che gli piace di scegliere per dimandargli l'intero debito, ma può anche convenirli tutti, o successivamente o simultaneamente; imperocchè, secondo l'art. 1204 c. c. = *1157 ll. cc.*, le istanze giudiziali fatte contra uno de'debitori non tolgono al creditore il dritto di farne delle simili (o diverse) contro gli altri (1).

---

(1) Nelle antiche leggi romane al contrario il dritto del creditore contra molti *rei promittendi* cessava colla scelta che egli faceva di uno di essi, dimandandogli il pagamento del debito, *petione debiti*; l. 2, ff. *de duob. reis*; l. 51, *in fine*, ff. *de evict.*; l. 31, § 1, ff. *de rogat.* N'è motivo che la contestazione della lite produceva novazione, talmentechè il debito era estinto.

Avveniva lo stesso nel caso di fideiussione: la scelta che il creditore faceva del debitore liberava il fideiussore, come ce lo dice Giustiniano nella l. ultima al Codice *de fideiussorib. et mandatorib.*; e ciò anche spiega quel passo delle Instituta, nel titolo del mandato: *aut si volente te agere cum eo fideiussoria causa mandet tibi, ut cum reo agat, periculo mandantis.*

Ma riguardo a quelli che avevano conferito mandato di dar danaro in prestito ad un terzo, *mandatores pecuniæ credendæ*, la scelta che il creditore faceva del debitore non estingueva la sua azione contra i mandanti; il pagamento o una soddisfazione qualunque da parte del debitore li liberava; l. 71, *princip.* ff. *de fidejus. et mandat.*

Giustiniano con la suddetta sua costituzione tolse via ogni distinzione a tal riguardo, dichiarando che o si tratti di debitori solidali propriamente detti, o di debitore e fideiussore, o di debitori e di

Del resto quantunque possa il creditore convenire ciascun debitore solidale per lo intero, e farlo condannare per lo intero, come se quello contro del quale procedesse fosse il solo obbligato, nondimeno il convenuto può dimandare al tribunale una dilazione a fin di porre in causa quelli che gli debbono la garantia per le loro parti (e talvolta per l'intero, come nel caso dell' art. 1217 c. c. = *1170 ll. cc*). Egli farà con ciò giudicare sul suo regresso nel medesimo giudizio, e quel ch' è vieppiù importante, preverrà le controversie che essi potrebbero forse muovergli per riguardo all'esistenza o all' estinzione del debito. L'art. 175 c. pr. = *269 ll. pr. civ.* autorizza le chiamata in garantia indistintamente in tutti i casi nei quali è dovuta, o che sia semplice, o che sia formale: or non è dubbioso che vi sia luogo alla garantia semplice; art. 1213 c. c. = *1166 ll. cc.* (1).

216. La prescrizione interrotta contra uno de' debitori soltanto, o con dimande giudiziali, o con la sua ricognizione del debito, è similmente interrotta contra tutti gli attori e contra i loro eredi; art. 1206 e 2249 c. c. = *1159 e 2155 ll. cc.*

Ciò sembra contrario a quanto si è detto più so-

---

mandatores pecuniæ credendæ, il dritto del creditore contra gli altri debitori, o contra il fideiussore, non si estinguerebbe più con la semplice dimanda promossa contro uno di essi, ma con una soddisfazione effettiva.

(1) Pigeau, *Procedura civile*, part. 2, tit. 2, cap. 1. sez. 3, § 3, art. 1, *garantia semplice*.

*

pra, che per riguardo ai debitori vi sono altrettanti debiti quante persone obbligate; per lo che è questa una disposizione dell'ultimo stadio del dritto romano (1), la quale passò nel nostro, e che non può aver per fondamento se non questa ragione, altronde poco conchiudente, che l'obbligazione solidale, benchè moltiplice per riguardo alle persone obbligate, essendo unica per riguardo alla cosa dovuta, tostochè è conservata circa ad una di queste persone, si reputa di esserlo circa a tutte le altre.

Ma l' interpellazione fatta ad un erede del debitore solidale, o la ricognizione di questo erede, non interrompe la prescrizione riguardo agli altri eredi, quando anche il credito fosse ipotecario, se non sia indivisibile.

Questa interpellazione o ricognizione non interrompe la prescrizione riguardo agli altri condebitori, se non per la parte di cui questo erede è tenuto.

A fin d'interrompere la prescrizione per lo intero riguardo agli altri condebitori, bisogna l'interpellazione fatta a tutti gli eredi del debitore defunto, o la ricognizione di tutti questi eredi; medesimo art. 2249 c. c. = *2155 ll. cc.*

Talmentechè se non vi sia che un solo erede, siccome egli rappresenta in totalità il debitore defunto, la prescrizione interrotta a suo riguardo lo è similmente per lo intero circa agli altri debitori. Qualora sia erede soltanto per metà, siccome era tenuto

(1) L. *ultim.* Cod. *de duobus reis stip.*

verso il creditore per metà del debito, la prescrizione è interrotta anche per metà rispetto agli altri debitori, e non soltanto per metà della porzione che il suo autore avrebbe dovuto in ultimo sopportarne; imperocchè questa divisione del debito fra il debitore o loro eredi è estranea al creditore. Costui avrebbe conservato interamente il debito, ed in faccia a tutti i debitori, interrompendo la prescrizione contra l'erede unico o contra tutti gli eredi di uno di essi: per la medesima ragione lo ha conservato per metà interrompendo la prescrizione contra il rappresentante per metà di uno di essi. Se il debito consistesse in 20,000 franchi, per esempio, vi fossero quattro debitori, ed avesse questo erede pagata la parte conservatane, nella specie 10,000 franchi, sperimenterebbe il suo regresso per 7,500 franchi, cioè contra ciascuno de'tre altri debitori, per 2,500 fr. soltanto; art. 1213 c. c.=*1166 ll. cc.* Avverrebbe lo stesso se uno di questi ultimi fosse stato obbligato a pagare i 10,000 franchi.

217. Se la cosa dovuta sia un corpo certo ch'è perito per colpa o durante la mora di uno de'debitori solidali, gli altri condebitori non vengono discaricati dall'obbligo di pagarne il prezzo (tranne nondimeno se sarebbe ugualmente perita presso il creditore nel caso che gli fosse stata consegnata; art. 1302 c. c.=*1256 ll. cc.*); ma costoro non sono tenuti a' danni ed agl'interessi.

Il creditore può ripetere soltanto questi danni ed interessi (se ne fossero dovuti all'infuori del prez-

zo della cosa), tanto dai debitori per colpa de'quali la cosa è perita, quanto da coloro ch'erano in mora; art. 1205 c. c. = *1158 ll. cc.*

Quindi il fatto di uno de' debitori solidali, o il suo ritardo, durante il quale sia perita la cosa, nuoce ai suoi condebitori, nel senso che perpetua la loro obbligazione, la quale si sarebbe estinta se la cosa fosse perita per caso fortuito o per fatto di un terzo prima che questo debitore fosse in mora; ma non la estende di più. Soltanto in questo senso ha il Codice seguita la sentenza di Pomponio nella l. 27, ff. *de duob. reis stip.*, così conceputa: *Ex duobus reis ejusdem Stichi promittendi factis, alterius factum alteri quoque nocet.*

È questa nondimeno una notabile differenza, da noi già notata, tra l'obbligazione solidale e l'obbligazione indivisibile; giacchè nell'obbligazione semplicemente indivisibile senza clausola penale (1) ciascuno de' debitori di altro non è risponsabile se non de'suoi fatti e del suo ritardo, anche per ciò che concerne il prezzo della cosa, la quale sia perita per colpa di uno di essi o durante la sua costituzione in mora.

218. Se la cosa sia perita pel fatto di un erede di un debitore obbligato solidalmente, o durante la mora di questo erede, i coeredi sono liberati come se la cosa fosse perita per caso fortuito o pel fatto di un terzo; imperocchè essi non garantiscono i fatti del loro

(1) Vedremo in appresso perchè mai la risoluzione debb'essere modificata quando siavi clausola penale.

coerede, il quale è un estraneo riguardo ad essi (1), e la solidalità non ha impedito la divisione del debito fra gli eredi. Quello ch' è in colpa o che era in mora non deve anche il prezzo della cosa se non per la sua parte in qualità di erede, ed il resto *propter culpam aut moram suam*, come lo dice Molineo e secondo lui Pothier. Circa agli altri debitori, essi son tenuti soltanto della porzione di cui questo erede rimane tenuto nella sua qualità di erede: essi non garantiscono la sua colpa circa al resto, come garantivano quella del lor condebitore defunto: la garantiscono sol riguardo alla porzione per la quale questo erede rappresenta il loro condebitore; per quel ch'egli abbia fatto oltre ciò, è una cosa estranea alla loro obbligazione. Queste regole, comunque sembrino sottili, sono nondimeno incontrastabili (2).

219. Quantunque nel caso in cui il corpo certo che costituiva l'obbligazione sia perito per colpa o durante la mora di uno de' debitori solidali, gli altri non sieno risponsabili de'danni ed interessi che potessero esser dovuti oltre il prezzo della cosa, ma soltanto del prezzo della cosa medesima, nondimeno, secondo l'art. 1207 c. c. = *1160 ll. cc.*, la dimanda d'interessi intentata contra uno di essi nuoce agli altri, non solo in quanto che perpetua anche il debito a loro riguardo, ma eziandio in quanto che fa correre ugualmente gl' interessi contra di loro.

---

(1) Pothier, n.° 306.

(2) Salvo pure, come nel caso che l'obbligazione sia indivisibile, la circostanza in cui vi fosse clausola penale.

È questa una derogazione al roman dritto, secondo il quale la costituzione in mora di uno de' debitori che faceva correre gl'interessi contra di lui, non li faceva correre similmente contra gli altri: *Si duo rei promittendi sint, alterius mora alteri non nocet;* l. 32, § *penult.*, ff. *de usuris.* E Pothier diceva che gl'interessi debbono correre soltanto contra i debitori messi in mora. Egli non faceva anche a tal riguardo alcuna differenza fra i danni ed interessi stipulati in caso d'inesecuzione, e gl'interessi propriamente detti risultanti dal ritardo nell'esecuzione.

Ma Molineo (*Tract. de divid. et individ.*, n.° 127) restrinse la disposizione di questa legge ai danni ed interessi non espressamente stipulati, cioè agl'interessi moratorj. Se lo fossero stati, egli dice, i debitori ne sarebbero tutti tenuti per la mora di uno di essi, attesochè si sarebbe verificata la condizione dell'inadempimento dell'obbligazione colla quale si erano sottoposti a questi danni ed interessi.

Quindi nel caso preveduto dall'art. 1152 c. c. = *1106 ll. cc.*, in cui i debitori sono convenuti per una certa somma, a titolo di danni ed interessi, in caso d'inadempimento dell'obbligazione, questa somma, secondo Molineo, è dovuta da tutti, per effetto della costituzione in mora anche di un solo; e crediamo in fatti che dal confronto di questo art. 1152 coll'art. 1207 c. c. = *1160 ll. cc.* emerga chiaramente la sentenza di quel gran giureconsulto.

Del resto quando quest' ultimo articolo dice che

la *dimanda d' interessi* formata contro uno de'debitori solidali li fa decorrere contro tutti, non intende parlare soltanto del caso in cui vi fosse una semplice dimanda a solo oggetto di far correre gl'interessi, senza dimanda del pagamento del debito stesso, lo che sarà ben raro; intende parlare benanche di qualsivoglia atto che facesse correre gl'interessi: come se, per esempio, fosse detto nell' atto che un precetto o anche una semplice intimazione alla scadenza del termine costituirà in mora i debitori e farà correre gl' interessi contro di essi. Altro non vuol dire l' articolo.

La dimanda d'interessi promossa contro uno degli eredi soltanto di uno de' debitori, o l'atto stipulato con questo erede, non fa correre gl' interessi contro di lui e contro i condebitori se non per la porzione di esso erede nel debito, e non li fa correre contro gli altri eredi, ai quali questo atto è estraneo, mediante la divisione del debito fra essi ed il loro coerede. In vece che la dimanda d' interessi formata contro uno de'condebitori li fa correre puranche contra tutti gli eredi del debitore defunto, ma nondimeno per la parte ereditaria di ciascuno di essi. In somma gl' interessi si assimilano all' interrompimento della prescrizione.

220. Il condebitore solidale convenuto dal creditore può opporre tutte le eccezioni che risultano dalla natura dell'obbligazione, tutte quelle che sono a lui personali, e quelle pure che sono comuni a tutti gli altri condebitori.

Digitized by Google

Ma non può opporre le eccezioni che sono puramente personali ad alcuno degli altri condebitori; art. 1208 c. c. = *1161 ll. cc.*

Così, ciascuno de'debitori può prevalersi della mancanza di causa nell'obbligazione, o da che la causa fosse illecita, o da che il contratto non avesse per oggetto una cosa che si trovasse in commercio.

Così pure, ciascun di essi può prevalersi della prescrizione, se il debito non sia stato utilmente conservato con dimande giudiziali dirette almeno contro uno di loro entro i termini di dritto o con la sua ricognizione del debito. Può ugualmente opporre le perdite di dritto ed altri mezzi d'inamessibilità che risultassero da qualche legge particolare, nonchè le nullità di forme dell'atto le quali fossero comuni a tutti. Diciamo *comuni a tutti*, giacchè in taluni casi, specialmente in quello dell'art. 1326 c. c. = *1280 ll. cc.*, l'atto può esser nullo per l'omissione di una formalità richiesta per riguardo ad uno degli obbligati, mentrechè questa formalità non era necessaria riguardo all'altro.

Chi era incapace di obbligarsi può opporre la sua incapacità, ma non possono gli altri formarsene un mezzo (art. 1125 c. c. = *1079 ll. cc.* (1). Avverrebbe lo stesso nel caso in cui uno di essi fosse stato violentato, ingannato o indotto in errore; egli solo avrebbe il dritto di dolersene; ed anche nel caso di dolo, qualora fosse stato ingannato da uno o più dei

(1) L. 12, § 1, ff. *de duobus reis.*

suoi condebitori, o da un terzo, senza che il creditore avesse partecipato alla frode, questo debitore non sarebbe meno validamente obbligato verso il creditore (art. 1116 c. c. = *1070 ll. cc.*), salvo il suo regresso come di dritto contro chi lo avesse ingannato; art. 1382 c. c. = *1336 ll. cc.*

221. Sembra che il Codice, nell'art. 1294 c. c. = *1248 ll. cc.*, abbia fatto della compensazione una eccezione meramente personale a quel debitore il quale sia divenuto da sua banda creditore del creditore (a). Discuteremo questo punto trattando della compensazione.

222. Quando uno de'debitori divenga erede unico del creditore, o quando il creditore divenga l'unico erede di uno de' debitori, la confusione non estingue il credito solidale se non per la quota e porzione del debitore o del creditore; art. 1209 c. c. = *1162 ll. cc.*

Se uno de'debitori divenga erede del creditore per una parte soltanto, rimane obbligato solidalmente pel resto verso i suoi coeredi, tra cui tale resto si divide secondo la parte ereditaria di ciascuno. E *vice versa* se il creditore divenga erede in parte di uno de' debitori, conserva la solidalità pel resto contro gli altri, ed ha contra i suoi coeredi un'azione divisa per tale resto in proporzione delle loro parti ereditarie.

Se uno de' debitori divenga l'unico erede dell'al-

(a) Si osservi la nota al n.° 429 del dodicesimo volume. Trad.

tro, deve adempiere a due obblighi circa alle persone, *sortitur duas personas*. La confusione non fa cosa alcuna in tal caso (1). Sopporterà adunque una doppia parte nella ripartizione del debito fra i condebitori, dopochè sarà stato questo soddisfatto. Qualora sia erede in parte, dovrà sopportare la sua quota personale ed una quota in quella del defunto. Nell'uno o l'altro caso, se egli o il defunto avesse una eccezione personale da opporre al creditore, questa eccezione produrrà soltanto i suoi effetti per riguardo alla sua obbligazione personale, o per riguardo a quella di cui è tenuto come erede: essa non altererebbe l'altra (2).

223. Colla novazione fatta tra il creditore ed uno de'debitori solidali, i condebitori restano liberati; art. 1281 c. c. = *1235 ll. cc.* Torneremo anche a parlare di ciò trattando della novazione.

224. Ma svilupperemo adesso quel che concerne la rimessione del debito a pro di uno de'debitori solidali; mentre vi si rannodano molte osservazioni importanti che debbono qui allogarsi.

Secondo l'art. 1285 c. c. = *1239 ll. cc.*, la rimessione o liberazione convenzionale a pro di uno de'condebitori solidali libera tutti gli altri, purchè contro di costoro il creditore non abbia espressamente riservato i suoi dritti.

---

(1) *Cum vero duæ obligationes ejusdem potestatis sunt, non potest reperiri qua altera potius quam alteram consumari*; l. 13, ff. *de duob. reis stip.*; l. 5, ff. *de fiudeiuss. et mandat.*

(2) *Facit* l. 3, ff. *de separt.*; e l. 21, § 2, ff. *de fidejuss. et mandat.*

In quest'ultimo caso non può ripetere il credito, se non fatta deduzione della parte di colui al quale ha fatto la rimessione; *ibid.*

E se uno degli altri debitori si trova insolvibile nel momento in cui il creditore dimanda il resto del debito al tale o tal altro fra essi, la porzione dell'insolvibile deve ripartirsi per contributo, fra tutti i debitori solvibili, anche fra quello o quelli che sono stati liberati dalla solidalità mediante la rimessione; in conseguenza il creditore sopporta in questa insolvibilità la parte che avrebbero dovuto sopportarvi quelli che egli ha liberati; art. 1215 c. c. = *1168 ll. cc.*

Se non fosse così, aggraverebbe col suo fatto la condizione de' debitori solvibili estranei a tale rimessione: imperocchè senza di essa, quelli ai quali venne fatta avrebbero sopportato pure la loro parte nell' insolvibilità del tale o tal altro loro condebitore: or quantunque il creditore abbia dritto di disporre del suo credito come gli piaccia, nulladimeno questo dritto non si estende sino a poter egli nuocere ai condebitori solidali, i quali contrattarono, devesi supporlo, soltanto sulla fede della legge, che dà a coloro i quali han pagato il debito un regresso contra gli altri per la parte di ciascuno di essi, e che richiede ugualmente, affinchè tale regresso sia il più che possibile completo, di ripartirsi la porzione dell'insolvibile per contributo fra tutti gli altri debitori solvibili e quelli che hanno fatto il pagamento; art. 1214 c. c. = *1167 ll. cc.*

225. Quando la rimessione fatta ad uno de' debitori solidali ha luogo nel caso di fallimento di questo debitore, con un accordo regolare ed obbligatorio, per esempio, una rimessione di 50 per 100, essa non giova agli altri, giacchè non è volontaria: è il risultamento della posizione del fallito, e non produce in conseguenza che una eccezione personale a quest'ultimo. Non devesi pure distinguere tra il caso in cui il creditore sia oppur no intervenuto nell' accordo, nè tra quello in cui lo abbia firmato con riserva o senza: anche in quest'ultimo caso si presume di esservi condisceso sol per considerazione della posizione del debitore, e per trarre il miglior partito dal credito (1).

226. Nondimeno nelle regole attuali avverrebbe altrimenti se il debitore insolvibile non fosse commerciante, almeno lo crediamo. L' accordo intervenuto fra un individuo non commerciante ed i suoi creditori, e col quale essi gli facessero rimessione di una parte del debito, avrebbe la caratteristica di una rimessione volontaria, e perciò sarebbe obbligatoria sol per quelli i quali vi avessero aderito. Il dritto di fare, con la maggioranza de' creditori riunenti i tre quarti de' crediti verificati, un accordo obbligatorio anche per quelli che non vi hanno ac-

(1) Modifichiamo in questo punto l'opinione da noi emessa nel nostro trattato *de' Contratti*, n.° 569, dove distinguiamo tra il caso in cui il creditore avesse dato il suo consenso all'accordo, e quello nel quale vi si fosse negato, o vi avesse acconsentito con riserva de' suoi dritti contra gli altri debitori: in tutti conserva i suoi dritti interi contro di essi.

consentito, è un dritto eccessivo, che non è sancito da niuna disposizione del Codice civile a favore di un individuo non commerciante, e che non lo è dal Codice di commercio se non a pro de'negozianti, giacchè sono essi esposti a maggiori eventi degli altri cittadini. Donde bisogna conchiudere che se il creditore, aderendo all' accordo, non abbia fatta alcuna riserva dei suoi dritti contra gli altri condebitori, la rimessione produce la loro liberazione sino alla debita concorrenza della parte rimessa. Se abbia fatto riserva, essa li libera soltanto sino alla concorrente quantità della parte del condebitore nel debito, uniformemente al sopraccitato art. 1285 c. c. = *1239 ll. cc.* Stante ciò, se il credito sia di 10,000 franchi, per esempio, vi sieno quattro debitori solidali, ed il creditore aderisca, senza fare alcuna riserva de' suoi dritti in faccia agli altri debitori, ad un accordo contenente rimessione del 50 per 100, non son più dovuti che 5,000 fr.; e se il debitore cui è stata fatta la rimessione, ovvero un altro, paghi questi 5,000 fr., il debito è estinto. Se il creditore abbia riservato i suoi dritti contra gli altri debitori, la rimessione è sì di 5,000 fr. per riguardo a quello cui è stata fatta; ma non ha effetto se non per 2,500 fr. soltanto per riguardo agli altri, i quali potranno ancora essere costretti solidalmente a pagare 7,500 fr. Non potranno purtuttavolta essere convenuti se non per questa somma, e non per quella di 8,750 fr., come se la parte del debitore insolvibile che il creditore è obbligato a dedurre, giusta l'art. 1210 c.

c. = *1163 ll. cc.*, non dovesse calcolarsi se non sulla quantità rimessa o 5,000 fr., cioè essere di 1,250 fr. soltanto: la rimessione in tal caso comprende la parte intera di questo debitore nel debito.

227. Ma il debitore a cui è stata fatta la rimessione del debito ha mai un' azione contra i suoi condebitori, come se avesse pagato, supponendo che la rimessione gli avesse liberati verso il creditore?

Se mai sia essa avvenuta a titolo oneroso, per effetto di accordi intervenuti tra questo debitore ed il creditore, per esempio mediante la rinunzia a taluni dritti che aveva il primo sul secondo, o di obbligazioni personali che ha assunto sopra sè, come nel caso di una novazione, è chiaro che debbonsi considerare tali accordi come un pagamento, ed in conseguenza che questo debitore ha il suo regresso siccome nel caso di pagamento.

E se il creditore gli abbia fatta donazione di tutto o parte del credito, il regresso ha luogo benanche per le parti de' condebitori nel debito intero, o nella proporzione di ciò che han dovuto pagar di meno in ragione della parte donata. Non sarebbe necessario a tal uopo che la donazione fosse stata fatta in debita forma, con atto contenente donazione tra vivi. Che anzi se il creditore ricevendo semplicemente la parte di uno de' debitori, dichiari nell' atto o nella quietanza di contentarsi, e lo surroga ai suoi dritti contra gli altri, il regresso di questo debitore ha ugualmente luogo contra i medesimi, per la loro porzione nel debito, salvo a questo debitore,

se ve ne sieno insolvibili, a sopportare la sua parte nelle perdite.

Ma quando il creditore dichiari semplicemente in un atto formato con uno de'debitori, di far rimessione del debito, senza riservare i suoi dritti contra gli altri e senza riservarli nettampoco a quello col quale l' atto è stipulato, questa rimessione non ha meno per effetto di estinguere il debito in assoluto e diffinitivo modo; imperocchè si reputa che il condebitore col quale è avvenuto l'atto abbia stipulata la rimessione nell'interesse di tutti; e di più non avendo pagato cosa alcuna, niuna disposizione del Codice gli dà regresso da esercitare in questo caso: perchè gli competesse, bisognerebbe o che avesse pagato il debito, o che il creditore facendogli la rimessione avesse voluto pure riservargli un regresso contra gli altri. Or ciò non risulta da una rimessione pura e semplice come quella che noi supponiamo.

228. Se tutti i debitori solidali falliscano, il creditore ha dritto di presentarsi in ciascun fallimento per farvi verificare ed ammettere il suo credito per intero, sino all'intero e compiuto pagamento. Tanto dispone l'art. 534 c. com. = *526 ll. ecc. com.*, così conceputo: « Il creditore che tiene obbligati in so-
« lido il fallito ed altri che sono in fallimento,
« avrà parte nelle distribuzioni in tutte le masse,
« sino al suo intero e compiuto pagamento ».

Per esempio, mettiamo un debito solidale di 10,000 franchi dovuti da Primo, Secondo e Terzo, che

cadano tutti e tre in fallimento, o nel tempo medesimo, o successivamente.

Il creditore ch' è stato ammesso nel fallimento di Primo e che vi ha avuto o deve avervi in ragione di un accordo il 30 per 100 sul valore del suo credito, può ancora presentarsi in quello di Secondo per questo intero credito, e non soltanto per 7,000 fr. E se abbia pure il 30 per 100 in questo secondo fallimento, potrà presentarsi nel terzo del pari per 10,000 fr., e non soltanto pei 4,000 che gli rimangono dovuti; in modo nulladimeno che, sia qualunque la quantità che dà questa direzione o Terzo col suo accordo, il creditore non riceva al di là de' 10,000 fr. e degl' interessi e spese che gli fossero mai dovuti.

In tal modo il pagamento potrà essere integrale, come richiede il suddetto art. 534, e non potrebbe esserlo in altra guisa, poichè se il creditore non poteva presentarsi nel secondo fallimento se non per 7,000 fr., e nel terzo se non per 4,000 soltanto, siccome ogni contribuzione suppone insufficienza, è chiaro che, quando anche si dovesse ricevere l' 80 per 100 e più ancora nell' ultima di queste direzioni, vi sarebbe sempre un *deficit*. Or, secondo il precitato art. 534, il creditore deve essere ammesso in tutte le masse sino al *suo intero pagamento*.

Savary (1) opinava nondimeno che il creditore potesse figurare soltanto in una delle masse, a sua ele-

(1) *Pareri* 15 e 48.

zione, giacchè, diceva egli, quante volte sia stato ammesso in una di esse per lo intero credito, si reputa di averne ricevuto tutto il valore. Questa dottrina aveva molta affinità colla regola dell'antico dritto romano, abrogata da Giustiniano, secondo la quale, come lo abbiam detto più sopra (1), la scelta che il creditore faceva di uno de' debitori solidali, dimandandogli il pagamento dell' intero, liberava gli altri. Ma il motivo su cui era fondata questa regola (la novazione risultante dalla contestazione della lite) è estraneo al nostro dritto; e conviene riconoscere che Savary contentossi di una finzione in luogo della realtà quando disse che il creditore il quale abbia figurato in una delle direzioni per l'intero suo credito ha esaurito il suo dritto riguardo agli altri, giacchè si reputa di aver ricevuto per equipollenza il pagamento dell' intero. Egli si allontanò dal vero scopo della solidalità.

Jousse, Butarico, Pothier, La Serra ed altri vi si erano molto più attenuti, e la loro opinione conciliava forse meglio le regole, considerate almeno in tutta la purezza, quantunque, a dir vero, nettampoco adempiva perfettamente allo scopo della solidalità. Quegli autori riputavano che il creditore dovesse bensì figurare in tutte le direzioni, ma con dedursi ciocchè aveva ricevuto in ciascuna di esse, giacchè, dicevano, tostochè vien pagato di una parte del suo credito, non è più

(1) N.° 215, nota.

creditore che del residuo. Quindi nella nostra specie avendo ricevuto 3,000 franchi nel fallimento di Primo, più non poteva, a parer loro, presentarsi in quello di Secondo se non come creditore di 7,000 franchi soltanto; e se tale direzione avesse ugualmente dato 30 per 100, il che nella specie sarebbe stato 2,100 franchi, non poteva più presentarsi in quella di Terzo che pei 4,900 franchi. Talmentechè se quest'ultima direzione avesse similmente dato il 30 per 100, egli vi avrebbe ricevuto 1,470 franchi, ed avrebbe in sostanza perduto 3,430 franchi.

Ma questa seconda dottrina era stata già rigettata da una decisione del consiglio del 24 febbraio 1778, riferita da Emerigon nel suo trattato *de' Contratti a cambio marittimo*, cap. 10, tit. 3, e si trova ugualmente esclusa dall'art. 534 c. com. = *526 ll. ecc. com.*, il quale richiede che il creditore abbia parte nelle distribuzioni di tutte le somme, sino al suo intero e compiuto pagamento; lo che, ripetiamolo, non può aver luogo che nel modo con cui abbiamo spiegato la cosa.

E secondo ciò che si è detto, avverrebbe lo stesso se uno de' debitori avesse fatto un accordo coi suoi creditori, col quale i medesimi avessero accettato il 30 per 100, per esempio: il creditore, possessore di obbligazioni solidali, non potrebbe meno presentarsi nei due altri fallimenti come creditore de' 10,000 franchi in origine dovuti, e ciò quando anche avesse ricevuto il 30 per 100 al momento in cui si

presentasse nella seconda o terza direzione. Imperciocchè tanto se il creditore abbia ricevuto o debba ricevere questi 30 per 100 dal debitore stesso, in virtù dell' accordo fatto con costui, quanto se gli abbia ricevuti in una distribuzione di somme fatta a danno di questo debitore, la ragione è assolutamente la stessa. Nell'uno come nell' altro caso, egli ben ha ricevuto un acconto, e per tal riguardo nei due casi il suo credito è realmente diminuito; ma anche in entrambi ha ricevuto in qualche modo *forzosamente* questo acconto, senza voler perciò rinunziare agli effetti della solidalità, come risultano dall' art. 534 c. com. = *526 ll. ecc. com.*, quantunque questo articolo, a dir vero, sembra più particolarmente prevedere il caso in cui vi sieno distribuzioni nei diversi fallimenti; imperocchè nettampoco esclude la supposizione che vi fosse stato accordo con uno de' falliti.

Ma se prima de' fallimenti il creditore abbia ricevuto da uno de' debitori o da un terzo un pagamento a conto, è chiaro che più non può dimandare se non il resto con gli effetti risultanti da questo art. 534. In tal caso il parere di Jousse, di Butarico ed altri riceve naturalmente la sua applicazione, nel senso che il creditore più non può presentarsi nel primo fallimento o direzione aperta se non per ciò che rimane ad avere; ma per quel che sia resto, si procederà come pocanzi abbiamo detto.

229. Nel caso in cui i diversi fallimenti abbiano dato al creditore quantità diverse, quello il cui ac-

cordo, o direzione abbia dato una maggior quantità degli altri non può nulladimeno esercitare alcun regresso se non per quanto avrebbe pagato oltre la sua parte nel debito. Le remissioni maggiori fatte agli altri, o le ripartizioni meno considerevoli avvenute nella distribuzione de' loro beni, sono il risultamento della loro particolare posizione. Talmentechè se, per esempio, uno de' tre falliti avesse pagato, o in esecuzione di un accordo o in una distribuzione di somme provvenienti dalla vendita dei suoi beni, 33 1/3 per 100, e gli altri pochissima cosa o anche nulla, non potrebbe sperimentare un regresso contro di essi, quando anche costoro acquistassero beni in prosieguo; imperocchè non avrebbe pagato cosa alcuna per essi. Se avesse pagato 50 per 100 sul debito, potrebbe reclamare soltanto 16 2/3. Altronde i medesimi sono ancora obbligati verso il creditore, se non vi sia stato alcun accordo fatto con essi, e quolora ve ne sia stato, non possono ottenere la loro riabilitazione se non pagando tuttociò ch' è stato loro consegnato con interessi e spese; art. 608 c. com. = *602 ll. ecc. com.*

230. Riprendiamo l'esame delle altre disposizioni del Codice civile su questa materia.

L'art. 1210 c. c. = *1163 ll. cc.* dice che « il « creditore che acconsente alla divisione del debito « a favore di uno de' condebitori, conserva l'azione « solidale contra gli altri, dedotta però la porzione « del debitore che egli ha liberato dal solido ».

E, come lo abbiamo detto più sopra, devesi de-

durre puranche la parte che questo debitore avrebbe dovuto sopportare nelle insolvibilità di taluni altri condebitori, uniformemente all' art. 1215 c. c. = *1168 ll. cc.*

Imperocchè il creditore non potè liberare dal solido uno di essi in danno degli altri. Ma non sarebbe purtuttavolta gravato se non della insolvibilità esistente nel giorno in cui fosse aperta l'azione recursoria, cioè nel giorno del pagamento praticato da quello o quelli de' debitori contro cui procede, e soltanto per la porzione che costoro avrebbero dovuto sopportare.

231. La divisione del debito di cui parla l' art. 1210 c. c. = *1163 ll. cc.* è una divisione operata per pagamento, compensazione o rimessione della quota del debitore liberato dal solido, e contro il quale in conseguenza non possono gli altri avere alcun regresso, poichè non sono essi quelli che lo libereranno, essendolo già per uno di questi avvenimenti. Ma se vi fosse semplicemente rimessione della solidalità senza pagamento o rimessione della parte di questo debitore nel debito, il creditore non conserverebbe meno la sua azione intera contro gli altri, dedotta purtuttavolta, come si è detto, la porzione che questo debitore, liberato soltanto dal solido e non dalla sua parte nel debito, avrebbe dovuto sopportare nell' insolvibilità del tale degli altri condebitori. Imperocchè mediante questa deduzione, costoro sono perfettamente renduti indenni degli effetti di simile rimessione, mentre il conde-

bitore a cui è stata fatta non deve meno ancora la sua parte, ed in conseguenza dovrà rimborsarla a quello che soddisferà il debito. Parimente Pothier (n.° 277 del suo trattato *delle Obbligazioni*) dice che il creditore il quale ha liberato dal solido uno de' debitori, conserva il suo dritto contra gli altri, purchè questa liberazione non sia loro di alcun nocumento. Or non ne arreca loro alcuno nel modo onde abbiamo spiegato la cosa. Il creditore poteva altronde rinunciare tacitamente agli effetti della solidalità riguardo a questo debitore, non procedendo contro di lui; e la sua rinuncia espressa ha per risultamento di obbligarlo a dedurre dalla sua azione solidale contra gli altri la porzione che avrebbe dovuto sopportare nell'insolvibilità del tale o tal altro fra essi quello a cui egli ha fatto questa rimessione, giacchè lo ha liberato dagli effetti della solidalità, ma senza averlo potuto fare in detrimento degli altri. Ha assunto con ciò a carico suo gli effetti che la solidalità avrebbe potuto produrre contro questo debitore, ed ecco ogni cosa.

232. Del resto il creditore che riceve divisa la parte di uno de' creditori senza riservarsi nella quietanza l' azione solidale, o i suoi dritti in generale, rinuncia con ciò alla solidalità riguardo a questo debitore, ma nondimeno senza rinunciarvi riguardo agli altri; art. 1211 c. c. = *1164 ll. cc.*

233. E non si reputa di rinunciarvi anche riguardo a questo debitore, quantunque ne avesse ricevuto una somma perfettamente uguale alla parte di co-

stui, se la quietanza non dichiari che la riceve *per la sua quota; ibid.*

Senza queste espressioni, o altre analoghe, giacchè siffatti termini non sono di rigore, devesi riguardare il pagamento come un acconto ricevuto dal creditore. Viemaggiormente, se la somma pagata dal debitore sia minore o maggior di quella che corrisponde alla sua parte nel debito, non si presume la rimessione della solidalità.

234. E quando anche fosse perfettamente uguale, e la quietanza esprimesse *per la sua quota*, se tale quietanza contenesse in modo formale la riserva della solidalità riguardo a questo debitore, o anche della solidalità in modo generale, simile riserva, secondo Pothier, distruggerebbe l'effetto delle dette parole *per la sua quota*, e non vi sarebbe più luogo ad inferirne, come lo fa la legge, una tacita rinuncia alla solidalità anche riguardo a questo debitore. Egli cita una decisione che così giudicò.

La riserva *de' dritti in generale*, egli dice, distrugge l'induzione di essersi liberato dal solido il debitore, e che senza di ciò nascerebbe dalle parole *per la sua quota* inserite nella quietanza.

Il nostro art. 1211 c. c. = *1164 ll. cc.* conferma l'una e l'altra opinione di Pothier. In fatti la seconda disposizione di questo articolo non dev'essere separata dalla prima, di cui non è che lo sviluppamento: or la prima versa sul caso in cui il creditore, ricevendo da uno dei debitori *la sua quota* nel debito, non riserva nella quietanza la solidalità,

o i suoi dritti in generale: dunque nel caso contrario non è *riputato* di rinunciarvi anche riguardo a questo debitore, quantunque la quietanza dica *per la sua quota* e la somma sia uguale a questa quota, il che bisogna eziandio supporre perchè sia *sua quota*, cioè il caso preveduto dall' articolo.

235. Il creditore nettampoco vien riputato di rinunciare alla solidalità anche riguardo al debitore contro di cui forma semplicemente una dimanda la quale esprime che lo è *per la sua quota*, se questo debitore non vi abbia aderito, o se non vi sia stata una sentenza di condanna; medesimo art. 1211 c. c. = *1164 ll. cc.* Quindi il creditore può rettificare la sua dimanda finchè non siasi profferita una sentenza di questa specie o non vi sia stata acquiescenza.

236. Il creditore che riceve divisa e senza riserva da uno de' condebitori la porzione degli arretrati o degl' interessi, non perde l' azione solidale se non per gli arretrati o interessi scaduti, non già per quelli che dovranno maturare, nè per lo capitale; eccetto se il pagamento così diviso siasi continuato per dieci anni di seguito; art. 1212 c. c. = *1165 ll. cc.*

E la perdita della solidalità non ha luogo in questo caso, come in quello del suddetto art. 1211, se non riguardo al debitore o ai debitori i quali abbiano così pagato divisamente gli arretrati o interessi del debito senza riserva della parte del creditore. La solidalità è conservata riguardo a quelli che

pagarono oltre la loro porzione, o che non pagarono cosa alcuna, o che pagarono la loro porzione con riserva pel creditore del suo dritto di solidalità o de' suoi dritti in generale.

Circa agli arretrati o interessi scaduti nei quali il creditore ha ricevuto divisa, e senza fare alcuna riserva circa alla solidalità, la porzione di uno de'debitori, questo debitore è liberato per tutti gli anni a cui si riferiscono i pagamenti che ha fatto, poco importa il numero degli anni durante i quali ha così pagato divisamente. La condizione del pagamento continuato per dieci anni di seguito, riguarda soltanto gli arretrati o interessi futuri o il capitale, e non quelli scaduti e pagati da lui per la sua porzione.

Ma per gli arretrati futuri e pel capitale, la riserva della solidalità o de'dritti in generale, anche in una sola delle quietanze, conserva i dritti del creditore in tutta la loro estensione; e non più che con una nuova serie di pagamenti divisi e ricevuti senza riserva per dieci anni di seguito a principiare da quello a cui si riporta la quietanza data con riserva, può questo debitore acquistare la liberazione dalla solidalità per l' avvenire.

E conviene osservare che l'art. 1212 c. c. = *1165 ll. cc.* non si contenta a tal uopo del pagamento di dieci anni di arretrati o interessi, ricevuti senza riserva, donde seguirebbe che due quietanze ed anche una sola basterebbe per istabilire la presunzione di essersi rimesso il solido sì pel passato che per l' avvenire: l' articolo annette questa presunzione

soltanto al *pagamento diviso e continuato degli arretrati o interessi per dieci anni di seguito.* La continuità, nei termini e nello spirito della legge, cade sul pagamento, e non soltanto sul numero degli anni i cui arretrati si son pagati. In fatti uno o più pagamenti soltanto, benchè fatti per dieci anni di seguito, non esprimono sì potentemente la volontà del creditore di rinunciare al solido per lo avvenire quanto una seguela di pagamenti continuati per dieci anni ed in ciascuno di essi. Nel primo caso la mancanza di riserva del solido può essere l'effetto di una omissione o del ricevimento della parte degli altri debitori i quali furono i primi a pagare. Nel secondo caso la perseveranza del creditore a dare una serie di quietanze per dieci anni senza fare alcuna riserva, attesta di aver egli per una qualche causa rinunciato al solido riguardo a questo debitore.

E siccome in tali casi avvi rimessione del solido a vantaggio di uno o più de'debitori, è applicabile l'art. 1215 c. c. =*1168 ll. cc.* In conseguenza se fra gli altri se ne trovino insolvibili al momento in cui il creditore richiede dai medesimi il pagamento degli arretrati o interessi, ovvero il rimborso del capitale, la perdita risultante dalla insolvibilità si ripartisce tra quelli che sono solvibili, e quelli liberati così dal solido. La perdita adunque vien da lui sopportata per la porzione di questi ultimi.

237. Poichè la rimessione della solidalità espone così a perdite il creditore, deve egli esser capace di

farla, o che essa avvenga tacitamente, o che avvenga espressamente.

238. L'obbligazione contratta solidalmente verso il creditore si divide *ipso jure* fra i debitori, ciascuno de' quali non è tenuto verso gli altri se non per la propria porzione (art. 1213 c. c. = *1166 ll. cc.*); cioè per la sua porzione virile.

239. In conseguenza il condebitore di un debito solidale, che lo ha pagato per intero, non può ripetere dagli altri se non la quota e porzione di ciascuno; art. 1214 c. c. = *1167 ll. cc.*

240. E se uno di costoro non si trovi solvente, la perdita che ne deriva si ripartisce per contributo sopra tutti gli altri condebitori solventi e sopra quello che ha fatto il pagamento; *ibid.*

241. Queste regole non sono nulladimeno applicabili in tutta lo loro estensione se non ai casi ordinarj: esse si modificano allorchè l'affare per cui fu contratto il debito solidale non riguardava che uno o più degli obbligati in solido soltanto: allora i medesimi sono tenuti per tutto il debito verso gli altri debitori, i quali non sono considerati altrimenti verso di essi che come loro fideiussori; art. 1216 c. c. = *1169 ll. cc.*

Ciò ha luogo soprattutto nel caso in cui uno de' debitori solidali è così obbligato soltanto in ragione della sua risponsabilità, come il secondo marito della madre tutrice nei casi preveduti dagli articoli 395 e 396 c. c. = *317 e 318 ll. cc.*, ed il tutor surrogato in quello dell'art. 1442 c. c. = *1406*

ll. cc. La cosa può sussistere benanche in parecchi altri casi; per esempio, allorchè quattro individui tolgono ad imprestito solidalmente una somma la quale vien presa soltanto da due fra essi, o per essere impiegata in un affare che loro è comune o per dividersela, essendosi preferito dal creditore di avere i due altri benanche per obbligati solidali anzichè come semplici fideiussori. Ma costoro non hanno nè il beneficio di escussione, nè quello di divisione, perchè sono obbligati in solido.

In questa specie, se il debito siasi soddisfatto da uno di quelli nell'interesse de'quali soltanto fu contratto, egli non ha alcun regresso contra i due debitori riputati fideiussori riguardo a lui: non ne ha che contra il condebitore della sua qualità, ma l'ha per metà.

Se il debito siasi pagato da uno de'debitori riputati garanti riguardo agli altri, questo debitore ha un' azione pel totale contra ciascuno di essi (articolo 2030 c. c. = *1902 ll. cc.*), come surrogato in luogo e vece del creditore; ma contro quello della sua qualità, non ha che un' azione divisa (art. 2033 c. c. = *1905 ll.cc.*), e per metà nella specie. Diciamo *per metà*, e non per un quarto, giacchè nella divisione del debito tra i fideiussori, dopo che questo siasi pagato da uno di essi, è chiaro che non comprendesi il debitore o i debitori principali. Or quegli che ha fatto il pagamento ed il condebitore della sua qualità si reputano garanti per riguardo

ai due altri. Costoro non debbono adunque essere calcolati in tale divisione.

Infine se il debito siasi pagato da un terzo, con surrogazione ai dritti del creditore, non avvi più luogo a tali distinzioni per ciocchè lo riguarda: egli ha l'azione solidale contra ciascun condebitore; ma pel regresso di quello che pagò il terzo, si osservano queste medesime distinzioni.

242. Circa alle lettere di cambio e biglietti ad ordine, il possessore che abbia adempito agli obblighi a lui imposti dal Codice di commercio, ha un'azione solidale contra tutti i giranti ed il traente o soscrittore dell'effetto, nonchè contra i datori di avallo o altri garanti. E qualora siasi accettata una lettera di cambio, per cui il trattario aveva la provvista de' fondi alla scadenza (1), il possessore ha ugualmente azione solidale contra di lui; art. 140 e 187 c. com. = *139 e 187 ll. ecc. com.*

L'ultimo girante che ha rimborsato il possessore ha la medesima azione contro di esso (art. 167 *ibid.* = *166 ibid.*), tranne nondimeno quello che avesse posto il suo avallo per lui.

Se l'effetto sia stato soddisfatto dal penultimo girante, egli ha un'azione solidale contra i precedenti

(1) In quest' ultimo caso non ha, è vero, alcun' azione in proprio nome contra il trattario che non ha accettato, ma ne ha una da parte del traente che avea fatto la provvista de' fondi; ed ha quest'azione senza divisione cogli altri creditori del traente, attesochè ha tutti i dritti di costui per ciocchè riguarda la lettera di cambio, ed in conseguenza la provvista de' fondi.

giranti, il traente e l'accettante, nonchè contra i datori di avallo che hanno garantito l'effetto per costoro; ma è chiaro che non ne ha contra il suo cessionario, a cui deve all'opposto la garantia; e nettampoco ne ha contro quello che ha garantito questo cessionario, con avallo o altrimenti, essendo dovuta la garantia a questo fideiussore da quello che esso ha garantito, e per tal medesimo motivo dal cedente di quest'ultimo; il che rende in perfetto modo applicabile la massima *is quem de evictione tenet actio, eundem repellit exceptio.*

Bisogna pure dir così, ancorchè il datore di avallo di cui trattasi non avesse limitata specialmente la sua fideiussione all'obbligazione di questo cessionario, avendo in tal modo garantito indistintamente tutti i soscrittori dell'effetto, ed in conseguenza quelli benanche che debbono la garantia a chi lo pagò. Basta a tal uopo che il suo avallo o fideiussione sia di data posteriore alla trasmissione fatta da quello che lo soddisfece.

243. In tutti i casi di cui abbiamo parlato, la surrogazione ha luogo di dritto, non essendovi bisogno che sia concessa dal creditore; l'art. 1251 n.° 3 c. c. = *1204 ll. cc.* stabilisce per massima che esiste *ipso jure* a beneficio di colui che essendo obbligato con altri o per altri al pagamento del debito, abbia interesse di soddisfarlo; il che si applica in conseguenza ai condebitori solidali principali, ai confideiussori, sia riguardo al debitore principale, sia fra essi, ed ai diversi soscrittori e pos-

sessori di effetti commerciali, rispetto a quelli contro i quali possono esercitare un regresso, ed allorquando abbiano adempito ai doveri che la legge loro imponeva per conservarlo. I terzi stessi che han pagato questi effetti per intervento sono pure legalmente surrogati ai dritti del possessore; ma hanno i medesimi doveri circa alle formalità da adempiersi per conservare il regresso, art. 159 c. com. = *158 ll. ecc. com.*

La surrogazione produce, a vantaggio del surrogato, i privilegi, le ipoteche, la fideiussione ed ogni altra garantia o accessorio ch' erano annessi al debito; art. 1250 c. c. = *1203 ll. cc.* Essa gli attribuisce la stessa azione che aveva il creditore, ma nondimeno ridotta, tra i debitori solidali diretti e principali, o tra i confideiussori, a quella parte che ciascuno di essi deve sopportare nel debito, sia circa alla sua quota, sia circa alle insolvibilità del tale o tal altro fra loro. Ma allorchè un terzo paga con surrogazione, sia legale sia convenzionale, può egli convenire ciascun debitore solidale per lo intero; ed ha il medesimo dritto contro i fideiussori, salvo ai medesimi l'opporgli i beneficj di escussione e divisione nei casi in cui avrebbero potuto opporli allo stesso creditore.

244. Ma siccome il debito soddisfatto da un debitore solidale si divide, nei casi ordinarj, tra lui ed i suoi condebitori, ne segue che quando anche questo debitore si avesse fatto accordare la surrogazione dal creditore, non potrebbe sempre convenire gli altri se non per la loro parte e per quella be-

nanche che dovessero sopportare nella insolvibilità di uno fra essi. Oggidì la surrogazione convenzionale non ha maggiore effetto della surrogazione legale: l'art. 875 c. c. = *795 ll. cc.* lo dichiara positivamente fra gli eredi, affinchè la insolvibilità di uno o più, nel caso di cui trattasi in questo articolo, non sia sopportata soltanto da quello il quale pagò il debito, e non venga quindi rotta l'uguaglianza che deve sussistere nelle divisioni. Or la ragione è assolutamente la stessa circa ai debitori solidali. Avvi pure un motivo di più, ed è che essi dovettero fidare nel beneficio del dritto comune, secondo il quale il debito pagato da uno di loro si divide fra essi tutti, del qual beneficio il creditore non ha potuto privarli.

Che anzi, quando pure uno di loro avesse data una ipoteca sopra i suoi beni, non potrebbe eziandio essere convenuto, anche ipotecariamente, dal condebitore il quale ha pagato il debito, se non per la sua porzione e per quella che dovesse sopportare nelle insolvibilità, se ve ne fossero; e ciò non ostante la regola che l'ipoteca è indivisibile ne'suoi effetti. Questo caso si assimilerebbe a quello dell'art. 875 c. c. = *795 ll. cc.*, in cui l'erede che in forza dell'ipoteca abbia pagato oltre la sua parte del debito comune, non ha regresso contra i suoi coeredi se non per la porzione che ciascuno di essi deve in ultimo sopportarne, *quando anche si avesse fatto surrogare nei dritti del creditore.* In effetti nel caso di questo articolo si suppone che gli altri eredi

sieno detentori de'beni ipotecati al medesimo debito, o che il debito fosse indivisibile per qualche riguardo, giacchè senza di ciò, ciascuno degli eredi non altro dovendo personalmente che la sua parte secondo il dritto comune (art. 873 e 1220 c. c.= *794 e 1173 ll. cc.*), sarebbe stato ben inutile di fare una disposizione per istabilire che l' erede il quale avea pagato al di là della propria non potrebbe pur tuttavolta dimandare dal suo coerede se non la costui parte, abbenchè si avesse fatto surrogare ai dritti del creditore, poichè il creditore stesso nulla avrebbe potuto dimandare oltre ciò a questo coerede (1). Tanto altronde risulta chiaramente dall'art. 876 c. c. = *796 ll. cc.*, secondo il quale, in caso d' insolvibilità di un coerede o successore a titolo universale, la sua tangente *nel debito ipotecario* è ripartita sopra tutti gli altri proporzionatamente, in diverso caso sarebbe rotta l'uguaglianza fra i coeredi.

Or avviene assolutamente lo stesso nel caso di debito solidale fra molti debitori: la parte di quello fra essi che si trova insolvibile è similmente ripartita fra gli altri e quello che ha pagato il debito, (art. 1214 c. c. = *1167 ll. cc.*), giacchè in effetti sono socj circa a questo debito, e l' uguaglianza deve del pari sussistere fra essi.

In vano si obbietterebbe che il debito, mediante la surrogazione, esiste ancora per intero, meno la

(1) *V.* ciocchè si disse in sostegno di questa osservazione, nel tomo VII, num. 446 e seguenti.

*

parte di chi lo ha pagato, e che gli effetti del pegno e dell'ipoteca sono indivisibili (art. 2077 e 2114 c. c. = *1947 e 2000 ll. cc.*): a ciò risponderemmo che in questo caso, come in quello dell' art. 875 c. c. = *795 ll. cc.*, gli effetti dell' indivisibilità sono misurati soltanto sul valore dell'azione personale per regresso contra ciascun debitore, a fin d'evitare un inutile implicamento di azioni. In fatti dilemma: o gli altri condebitori o coeredi sono solvibili, ed allora non sembrò al legislatore che l'azione ipotecaria si dovesse estendere oltre la parte di cui è tenuto quello il quale è soggetto a tale azione, mentre ciò non era utile; o non lo sono, ed in questo caso il debitore o l' erede che ha pagato il debito, ovvero che lo ha pagato oltre la sua porzione, può forzare gli altri a sopportare la loro tangente nelle insolvibilità, il che mena in assoluto modo allo stesso risultamento che si ottiene non dando a questo debitore o a questo erede l' azione ipotecaria se non per la parte di cui dev' essere in ultimo tenuto, compresavi quella che dovesse sopportare nelle insolvibilità. Tal' è il vero motivo che dettò la disposizione del suddetto articolo 875, ed ha esso assolutamente la medesima forza nei debiti solidali. Supponiamo, per esempio, Primo, Secondo e Terzo debitori solidali di un debito di 30,000 franchi; che Terzo abbia dato ipoteca sopra i suoi beni, e che Primo abbia pagato tutto il debito: se costui, mediante la surrogazione, avesse azione ipotecaria contra Terzo per 20,000 fr.

e Secondo fosse insolvibile, Terzo potrebbe rivolgersi contro il detto Primo, per fargli sopportare la sua parte nell' insolvibilità di Secondo, cioè per 5,000 fr. Or poichè Primo sarebbe garante per questa somma verso Terzo, non può ragionevolmente avere contro di lui un'azione per questa medesima somma, secondo la massima *quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio.* Accordandogliela coll'ipoteca per 15,000 fr. soltanto, ch' è la sua tangente nel debito e la sua tangente nell'insolvibilità di Secondo (ammettendo ancora che costui sia insolvibile), gli vien data adunque nella sua maggiore estensione possibile, e la regola dell'indivisibilità dell'ipoteca riceve tutti gli effetti che ricever può in simil caso. La surrogazione riceve similmente i suoi: monta poco perciò che sia convenzionale o legale; l' art. 875 n' è la prova, ed il caso è perfettamente analogo.

Senza dubbio avverrebbe altrimenti, come abbiam detto, se il debito si fosse pagato da un terzo o anche da un fideiussore, supponendo, nel caso in cui lo fosse stato dal fideiussore, che l'ipoteca non gravitasse sui beni di un altro confideiussore, ma su quelli di un debitore solidale: questo terzo o questo fideiussore avrebbe effettivamente, mercè la surrogazione, l' azione ipotecaria pel totale contra siffatto debitore. Ma perchè ciò? perchè non dovrebbero nè l' uno nè l' altro personalmente sopportare alcuna parte nell'insolvibilità del tale o tal altro dei debitori, ed in conseguenza che l'azione del credi-

tore a cui fossero surrogati, non si troverebbe così virtualmente diminuita del valore di tuttociò di cui è diminuita nel primo caso. Or è diminuita in questo medesimo caso, 1.° della parte del debitore che ha pagato il debito; 2.° di tuttociò ch' egli deve sopportare nell' insolvibilità di uno degli altri debitori solidali.

Tali sono i canoni del Codice, chiaramente manifestati dall' art. 875 c. c. = *795 ll. cc.*, il quale è applicabile a tutti i casi simili, per esempio anche a quello in cui uno de' molti confideiussori del medesimo debito avesse data un' ipoteca sopra i suoi beni, ed il debito si fosse soddisfatto da un altro per intero o per una porzione maggiore della sua parte virile, perchè avesse rinunciato al beneficio di divisione, o non avesse creduto opportuno di opporlo. In questo caso benanche il debito si divide di pieno dritto tra i confideiussori (art. 2033 c. c. *1905 ll. cc.*), e per argomento degli art. 876 e 1214 c. c. = *796 e 1167 ll. cc.*, se fra essi ve ne sieno insolvibili, la costoro tangente si ripartisce tra quelli che sono solvibili e quello che ha pagato il debito.

245. Allorchè il debito sia pagabile in molte dande, per esempio in tre pagamenti, di anno in anno, è indubitato che quel debitore il quale ha pagato la prima danda possa sperimentare immediatamente il suo regresso contra gli altri perchè gli rimborsino la loro parte in ciocchè è stato pagato, quando anche siffatta somma non eccedesse la porzione di questo debitore in tutto il debito: in diverso caso

non godrebbe del beneficio del termine in tutta la sua estensione: gli altri ne profitterebbero essi soli, il che non sarebbe giusto.

Ma allorchè il debito sia divenuto esigibile per intero, ed avendo il creditore voluto acconsentire a ricevere un pagamento parziale, uno de' debitori abbia pagato oltre la sua parte, per esempio i tre quarti del debito, quando vi erano tre debitori, o 18,000 franchi in un debito di 24,000, nettampoco è dubbioso che questo debitore possa rivolgersi immediatamente contro i due altri almeno per 2,000 fr. per ciascuno, poichè essi sono necessariamente liberati da questa somma rispetto al creditore. La quistione non può offrire alcun dubbio che per l'eccedente.

Ma per questo eccedente non può, a parer nostro, dimandare all' uno o all' altro, a sua scelta, gli 8,000 fr. che formeranno la parte di ciascuno di essi; giacchè sono ancora entrambi sottoposti all' azione del creditore pei 6,000 fr. che rimangono dovuti, il che darebbe a quello che si fosse obbligato di pagarli, e nel caso in cui l' altro fosse insolvibile, il dritto di rivolgersi per questa insolvibilità contro colui al quale avesse rimborsato questi 8,000 fr. Da una parte nettampoco bisogna attenersi esclusivamente alla possibilità di tale regresso, per conchiudere da ciò che il debitore il quale ha fatto il pagamento de' 18,000 fr. non possa farsi rimborsare da ciascun suo condebitore la sua parte in ciò ch' è stato pagato, ovvero 6,000 fr., o almeno la sua parte in

ciò che eccedesse la porzione del primo nel debito, cioè 5,000 fr. Devonsi riguardare i tre debitori collettivamente come socj circa al debito, e considerare il pagamento di 18,000 fr. fatto da uno di essi come essendolo stato nell'interesse di tutti, in quanto che ha realmente diminuito il debito di ciascuno verso il creditore: adunque questa liberazione comune, benchè non sia integrale, è come un affare di società fatto da uno de' socj, ed in conseguenza il valore de'18,000 fr. pagati deve ripartirsi fin da ora fra i tre debitori; tanto più che l'obbligazione di ciascuno di essi verso il creditore pe'6,000 franchi che gli rimangono dovuti è assolutamente lo stesso.

246. Termineremo le nostre osservazioni su questa importante e difficile materia con la quistione se il debitore solidale che ha pagato il debito abbia dritto, senza dimanda, agl' interessi delle somme che ha sborsate per le parti de' suoi condebitori.

Il mandatario che ha anticipato somme ha dritto agl' interessi delle medesime dal giorno in cui si verifica essersi fatto il pagamento (art. 2001 c. c. = *1873 ll. cc.*); ed il fideiussore che ha pagato il debito ha dritto puranche agl' interessi delle somme da lui sborsate; art. 1153 e 2028 c. c. = *1107 e 1900 ll. cc.* La fideiussione altronde data col consenso del creditore è propriamente un mandato. Or i debitori solidali sono garanti gli uni degli altri, e si danno reciprocamente mandato di pagare il debito. Le ragioni sono adunque le stesse perchè

quello che ha pagato la parte degli altri in questo debito abbia dritto agl' interessi delle somme da lui sborsate. Poco importa che l'art. 1153 c. c. = *1107 ll. cc.* dica che nelle obbligazioni che sono ristrette al pagamento di una somma determinata, gl' interessi non son dovuti se non dal giorno della dimanda, eccettuati i casi nei quali la legge dichiara che debbono *ipso jure* decorrere, e che niuna delle disposizioni riguardanti la solidalità fra debitori in materia civile si spieghi su quest'interessi: il Codice contiene in altri titoli la regola su cui poggia questa risoluzione, e ciò basta.

SEZIONE V.

Delle obbligazioni divisibili ed indivisibili.

SOMMARIO.

247. L' esecuzione delle obbligazioni presenta spesso gravi controversie allorchè il debitore o il creditore muoia prima che sia soddisfatta l'obbligazione, lasciando molti eredi. Molineo, nel suo trattato su questo riguardo, non ha tolto tutti i dubbj.

248. Pothier seguì la teorica di Molineo, riassumendola, ed i compilatori del Codice si attennero generalmente alle soluzioni di questi autori.

249. Divisione della materia.

247. Spesso l' esecuzione dell' obbligazione offre gravi controversie, stante la natura della cosa che ne forma la materia, allorchè il debitore o il creditore muoia lasciando molti eredi prima che sia stata soddisfatta l'obbligazione. Questi casi son quelli in

cui l'obbligazione è indivisibile per qualche riguardo. Molineo, nel suo trattato *de dividuis et individ.* (a),

(a) Il consigliere Sarno nella Camera di grazia e giustizia del già Supremo Consiglio di Cancelleria espresse che le regole della *divisibilità* o *indivisibilità* delle obbligazioni dovessero essere trattate con maggiore particolarità e sviluppamento, dappoichè i nove articoli che la comprendeano tratti dal codice civile francese non erano sufficienti alla spiegazione dei principj e delle disposizioni del dritto romano. Aggiunse non ignorare che tal materia sia una delle più astruse ed inestricabili, che sbigottì il giureconsulto *Cino*, e sulla quale non apportò *Cuiacio* i lumi dati sulle altre dottrine; ma conchiuse che sulle tracce dell'opera di Molineo intitolata *Extricatio Labyrinthi dividui et individui*, e di quanto avea scritto il nostro Domenico Aulisio nel trattato *de verbor. obligat.*, ed altri autori, come il *de Retes* ed *Augusto Hoffman*, si potesse, in conformità dell'esigenza del sogetto, discendere ad ulteriori spiegazioni e teoriche, seguendosi la triplice distinzione fattasi da *Bartolo* sulla l. 4 ff. *de verb. obligat.* e ritenuta da tutti gli altri scrittori, cioè dell'indivisibilità *contractu*, *obligatione*, *solutione*; quale divisione di *obbligazione indivisibile* fu seguita da *Alciati* e da tutti gli altri scrittori.

Il consigliere Pasqualini avrebbe desiderato, che ritenendosi in principio la divisibilità delle materie, si fossero limitati i soli casi di eccezione, venendosi in tal modo a bandire la teorica dell'indivisibilità, giustamente da Molineo chiamata *Idra di Lerna*, che diviene inutile nella pratica.

Il detto consigliere Sarno replicò di non potersi indicare i casi di eccezione, senza conoscersi la teorica della *indivisibilità delle obbligazioni*, che deve essere di norma al creditore per isperimentare l'azion che gli compete, ed al debitore per l'esecuzione della sua obbligazione.

Il consigliere Magliano disse, che la materia in esame avvedutamente si è trattata con brevità e concisione, come si è praticato parlandosi del *dritto di accrescere* nei legati e delle *servitù*, non bisognando in siffatte teoriche che tracciare principj generali, senza entrare in minuti particolari, lasciati alla parte dottrinale, e che altronde arrecherebbero una oscurità maggiore.

Il consigliere Sollima poi avvertì che la triplice distinzione cennata dal consiglier e Sarno era contenuta nella triplice divisione del pro-

che chiamò pure, forse con troppa fidanza, *extricatio labyrinthi*, sviluppò questo subbietto con la sua solita profondità, e le dotte spiegazioni che ne diede, previo l'esame da lui fatto delle leggi romane che vi si riferiscono, sono addivenute per così dire altrettante regole della materia. Nondimeno egli non dissipò tutte le oscurità che lo circondano, e l'indivisibilità dell'obbligazione è ancora il tema più spinoso del dritto.

248. Pothier prima di comporre il suo trattato *delle Obbligazioni*, aveva fatto un estratto del lavoro di Molineo, e pose nella sua opera le principali regole indicate da quel gran giureconsulto per servire all'intelligenza di questa materia astratta. I compilatori del Codice civile seguirono in generale la teorica di Molineo secondo l'esame presentatone da Pothier; sicchè puossi riguardare l'opera di quest'ultimo come la più sicura guida nell'interpetrazione degli articoli del Codice sulla divisibilità ed

---

getto, cioè di essere l'indivisibilità assoluta e relativa, ossia pel rapporto e riguardo al pagamento.

In effetti l'indivisibilità *contractu* sarebbe l'*assoluta*, così detta da Pothier, le cui teoriche nella specie si sono adottate, e della quale indivisibilità si parla nell'art. 1209 del progetto, corrispondente all'art. 1170 delle leggi civili. L'indivisibilità poi *obligatione* si contiene nella *indivisibilità pel rapporto*, sotto del quale è considerato nell'obbligazione, ai termini dell'art. 1210 del progetto, corrispondente all'art. 1171 delle leggi civili.

Della indivisibilità *solutione* si fa menzione nell'art. 1213 dello stesso progetto, che corrisponde all'art. 1174 delle leggi civili.

La detta Camera di grazia e giustizia fu di avviso di ritenersi le sole disposizioni del progetto, giusta il parere dei consiglieri Sollima e Magliano. Trad.

indivisibilità delle azioni. Non è questa una semplice avvertenza, ma una importante osservazione, attesochè nei moltissimi dubbj a cui essi danno luogo, avremo spesso occasione di sostenere le nostre opinioni con quelle di questi dotti giureconsulti.

Vedesi in fatti che le regole stabilite dal Codice a tal riguardo si trovano tutte esposte col medesimo ordine nell' opera di Pothier, e che le eccezioni o modificazioni a cui esse van soggette sono quelle da lui medesimo riconosciute; talmentechè in niuna parte i compilatori del Codice si attennero con maggior cura a seguir la dottrina di quell'autore ed a riassumerla in disposizioni legislative.

249. Divideremo la materia in tre paragrafi.

Nel primo considereremo le obbligazioni divisibili ed indivisibili in modo generale;

Nel secondo parleremo degli effetti delle obbligazioni divisibili;

E nel terzo, dell' effetto delle obbligazioni indivisibili.

§ I.

Delle obbligazioni divisibili ed indivisibili considerate in aspetto generale.

SOMMARIO

250. *Quale sia l' obbligazione divisibile.*

251. *La divisibilità dell' obbligazione è materiale o intellettuale.*

252. *Quali sieno le obbligazioni indivisibili: esse possono avere per oggetto dritti o cose incorporali, ovvero fatti.*

253. *L' obbligazione di non fare è ora divisibile, ora indivisibile, secondo l' oggetto.*

254. *Ciocchè la rende divisibile o indivisibile è unicamente l' oggetto dell' obbligazione, e non l' utilità che può procurare ai creditori, o il peso che impone ai debitori.*

255. *Definizione delle obbligazioni divisibili o indivisibili secondo l' art. 1217 c. c.*

256. *Ma il Codice nell' art. 1218 c. c. riguarda pure come indivisibili talune obbligazioni che sarebbero divisibili giusta l' art. 1217 c. c. e secondo l' art. 1221, n.° 2 e 5 c. c.*

257. *Ciò arreca gran confusione nella materia, e ne risultano opposizioni difficili a togliersi.*

258. *Si sarebbe potuto evitare questa confusione, e come.*

259. *In generale i dritti di servitù sono indivisibili: conseguenze.*

260. *Modificazione circa agli attignimenti di acqua, nel senso che possono dividersi* mensura aut temporibus.

261. *Diverse obbligazioni di fare ed altre di dare: le prime possono essere divisibili allorchè sieno di fare più cose della medesima specie.*

262. *L' obbligazione di somministrare una giornata di lavoro è indivisibile: conseguenze.*

263. *Quella di consegnare un fondo,* fundum tradi, *considerata per due riguardi: in uno è indivisibile, nell' altro è divisibile.*

264. *Esame della l. 85, ff.* de verb. oblig. *in cui si stabiliscono quattro specie di obbligazioni sotto il rapporto della divisibilità o indivisibilità: diverse soluzioni riguardanti l' obbligazione di garantia.*

265. *Se l' eccezione di garantia sia divisibile o indivisibile nei suoi effetti tra gli eredi del venditore: dritto antico su questo punto; decisione ed arresto vigente il Codice: discussione: secondo l' autore, essa è divisibile.*

266. *La solidalità non conferisce all' obbligazione il carattere d' indivisibilità, e* vice versa *l' indivisibilità non conferisce all' obbligazione il carattere di solidalità; principali differenze negli effetti.*

267. *Per obbligazione* indivisibile *l' art. 2249 c. c. intende forse anche quelle che hanno per oggetto la restituzione o il pagamento di un corpo determinato, e quelle le quali sono indivisibili sol per riguardo al pagamento, ed a seconda dell' intenzione de' contraenti? No, a parere dell' autore.*

Digitized by Google

250. Un' obbligazione divisibile (a) è quella che ha per oggetto una cosa divisibile: un'obbligazione indivisibile è quella che ha per oggetto una cosa indivisibile. Ma quantunque un' obbligazione non sia per anco divisa, può nondimeno esser divisibile, bastando a tal uopo che possa dividersi (1). Mentre vive il creditore o il debitore, l'obbligazione di una somma di danaro, per esempio, non è divisa, almeno generalmente; ma a morte dell' uno o del-

(a) Bisogna notare che le idee della *divisibilità* o *indivisibilità* sono diverse da quelle della *unità* o *duplicità* delle cose. A cagion d'esempio, tante sono le stipulazioni, quante sono le specie, le somme, o le diverse qualità di una medesima cosa, sebbene in un solo atto stipulate: l. 1, § 5, 29 *princip.* 75 § 9; 134 § *ultim.*, 140 *princ.* ff. *de verb. obligat.*, 32 *princip.* ff. *de evict.* Lo stesso è da dirsi delle sentenze contenenti diversi provvedimenti, potendosi dai contendenti accettare per un capo e per gli altri appellare, e dal giudice superiore per un capo approvare e riprovare per altri: l. 41, ff. *famil. ercisc.* l. 24, ff. *de jur. patron.* Pel contrario la stipulazione di una somma, comunque il pagamento sia diviso in più anni, è una: l. 16 § 1, ff. *de verb. oblig.*; la locazione di un fondo per più anni è una, benchè in tutti gli anni sia il fitto diviso, e l' affitto di una intera casa è uno, comunque sia composta di più appartamenti: l. 15 § 4 e 35 ff. *locati*, l. 8 *Cod. de locato.* Il nostro Aulisio nel trattare la materia in esame *de rebus unis*, che dice affine di quella *de dividuis et individuis*, sulle norme date da Pomponio nella legge *30 princip. de usucap.*, avverte di doversi por mente a tre diverse specie di corpi: 1.° Quelli che si contengono *uno spiritu*, e che il detto giureconsulto chiama *corpo unito*, come l'uomo; la colonna, la nave: 2.° Quelli composti di più cose fra loro coerenti, e che denomina pure *corpo unito*, come l' edificio, la nave, l'armadio: 3.° Quelli composti di oggetti fra loro *distanti*, ossia materialmente distaccati, come più individui raccolti in un corpo, quali sarebbero il popolo, la legione, l' armento.

Si osservi la nota al n.° 519 del XII volume. TRAD.

(1) Molineo, *tract. de divid. et individ.*, parte III, n.° 7 e seguen. Pothier, *delle Obblig.*, n.° 288.

l' altro, si dividerà fra i suoi eredi; art. 1220 c. c. = *1173 ll. cc.* L' obbligazione di una somma contratta da molti solidalmente è una obbligazione indivisa, e nondimeno è divisibile, e si dividerà fra gli eredi del creditore, ed anche fra gli eredi dell' uno o dell' altro debitore, attesochè la solidalità non imprime all' obbligazione il carattere d' indivisibilità (art. 1219 c. c. = *1172 ll. cc.*), come lo dimostreremo in appresso con maggiore sviluppamento.

Un'obbligazione divisibile è dunque quella la quale è capace di parti, che può esser dovuta a molti o da molti in parti, sia uguali sia disuguali; e l'oggetto appunto di questa obbligazione, la sua divisibilità o indivisibilità, determinerà il carattere dell' obbligazione stessa, e farà che sarà divisibile o indivisibile.

Questa divisione, osserva Pothier, non è la divisione fisica, che consiste *tantum in solutione continuitatis*, come una tavola che si seghi in due; ma è una divisione spettante al dritto, una divisione *civile*.

La prima è piuttosto una separazione che una divisione.

251. La divisibilità dell' oggetto che dà all' obbligazione il carattere di obbligazione divisibile, è di due specie: una materiale, e che si opera mediante parti effettive e separate, come un terreno che si divida in diverse parti, ponendovi limiti; l'altra intellettuale, e che ha luogo con lo stabilimento di parti in un medesimo tutto per quote eguali

o ineguali, come quando il debitore o il creditore di questo terreno muoia lasciando molti eredi.

Ma basta che una cosa sia capace di questa seconda specie di divisione, benchè non lo fosse della prima, come un cavallo, un quadro, perchè l'obbligazione di dare tal cosa sia divisibile (1), quantunque l'art. 1218 c. c. = *1171 ll. cc.* par che dica il contrario.

252. Le obbligazioni indisivibili sono quelle le quali hanno per oggetto cose o dritti non capaci nè di parti effettive (a) nè di parti intellettuali, come i dritti di servitù in generale, *quæ pro parte adquiri non possunt* (2).

Le medesime regole si applicano alle obbligazioni di fare o di non fare, *obligationes in faciendo vel in non faciendo.*

Per esempio, l'obbligazione di fare cento botti, cento canne di tela, è un'obbligazione divisibile (3); ma l'obbligazione di fare riguardata in sè

---

(1) L. 9, § 1, ff. *de solut.*; Molineo, *ibid.* parte 1, n.° 5, part. 2, n. 200 e 201; Pothier *delle Obblig.* n.° 289.

(a) Sulla indivisibilità delle condizioni, delle confessioni giudiziarie o estragiudiziarie, del giuramento, delle qualità risultanti dai giudicati e delle forme e solennità degli atti, si riscontrino i n. 53 e seguenti di questo volume, i n. 114, 115 e seguenti del terzo volume, i n. 525, 526, 553 e 555 del decimoterzo volume, e la nota al n.° 529 del dodicesimo volume. Trad.

(2) L. 72, *princip.* ff. *de verb. oblig.*; l. 80, § 1, ff. *ad legem falcid.* Ma l'usufrutto è divisibile, *recipit divisionem*; l. 71, ff. *ad legem falcid.*; l. 5, ff. *de usufructu. V.* ciocchè dicemmo su questo punto nel tomo IV, n.° 468.

(3) Molineo, *ibid.* p. 2, n.° 203 e segu.

stessa è indivisibile, allorchè il fatto siasi considerato come un fatto unico. Tale sarebbe l'obbligazione di costrurre un teatro (1). Torneremo fra poco a parlare su questi punti, spiegando la l. 85, ff. *de verb. oblig.* in cui si distinguono quattro specie di obbligazioni per ciocchè riguarda la dimanda e l'esecuzione.

253. E l'obbligazione di non fare la tal cosa è divisibile se ciocchè taluno si è obbligato di non fare possa farsi in parte soltanto. Tal'è l'obbligazione *amplius non agi ad aliquid dividuum:* come quando io mi sono obbligato verso di te a non turbare il possessore di un fondo a cui tu devi la garantia; giacchè se io rivendico soltanto in parte il fondo, avrò adempito alla mia promessa per l'altra parte. Adunque l'obbligazione è divisibile (2).

Ma se tu fossi garante verso il terzo di un dritto di prospetto o di passaggio, la promessa che ti ho fatto di non turbarlo nell'esercizio di questa servitù sarebbe un'obbligazione indivisibile *in non faciendo;* e se un mio erede soltanto lo turbasse, l'obbligazione avrebbe il suo effetto per lo intero, e contra ciascuno de' miei eredi, secondo le limitazioni nondimeno stabilite nell'art. 1225 c. c. = *1178 ll. cc.* che svilupperemo in prosieguo.

254. Del resto, come l'osserva benanche Pothier, secondo Molineo, conviene unicamente considerare

(1) *Omnis obligatio etiam facti individua est, nisi quatenus de contrario apparet.* Molineo, *ibid.* e p. 3, n.° 112. Pothier *ibid.* n.° 290.
(2) Pothier, *ibid.*

la cosa medesima, o il fatto su cui versa l'obbligazione per determinare se l'obbligazione sia divisibile o indivisibile, e non l'utilità che ne ridonda al creditore, nè il detrimento, *onus et diminutio patrimonii*, che ne risulta pel debitore; altrimenti non vi sarebbe alcuna obbligazione che non fosse divisibile. Segue da ciò che se due condomini di una casa siensi obbligati verso i due condomini della casa vicina, ad imporre una servitù sulla loro a vantaggio della medesima, l'obbligazione è indivisibile, giacchè il dritto di servitù che ne forma l'oggetto è qualche cosa d'indivisibile, quantunque l'utilità che ne risulta per ciascuno di coloro a pro de'quali venne fatta la promessa, o il detrimento che ne soffrono quelli che la fecero, possa valutarsi ad una somma, cosa divisibilissima. Tanto chiaramente insegna Molineo, *ibid.*, p. 2, n. 119: *Cum hic effectus sit quid remotum et separatum a substantia obligationis et rei debitæ, non dicitur obligatio dividua vel indivivua penes effectum, sed secundum se, et secundum naturam rei immediate in eam deductæ.*

255. Il Codice civile sanziona queste regole generali nell'art. 1217 c. c. = *1170 ll. cc.* così espresso: « L'obbligazione è divisibile o indivisibile se« condochè la cosa che si dee consegnare, o il fatto « che si dee prestare, sia o no capace di divisione « materiale o intellettuale. »

Ogniqualvolta adunque, secondo questa definizione, la cosa o il fatto è capace di divisione, sia mate-

riale, come una somma di danaro, o la fattura di cento canne di tela; sia intellettuale, come un cavallo, l'obbligazione è divisibile; ed ogniqualvolta al contrario la cosa o il fatto è indivisibile per l'uno e l'altro riguardo, come la promessa di un dritto di prospetto o di passaggio (1), o un viaggio da farsi nella tale città, l'obbligazione è indivisibile. È questo il senso preciso di siffatto art. 1217 c. c.

L'indivisibilità che esso definisce è l'indivisibilità propriamente detta, quella che risulta *natura rei debitæ*, che Molineo chiamava *individuum contractu*, e Pothier indivisibilità *assoluta*, per indicare che non era anche possibile ai contraenti di fare che l'obbligazione fosse divisibile, avendo per oggetto una tal cosa o un tal fatto.

256. Nondimeno i compilatori del Codice non si attennero a questa regola generale: essi riconobbero pure, come gli autori poco fa citati, che un'obbligazione può essere indivisibile per altri rapporti. Quindi, secondo l'articolo 1218 c. c. = *1171 ll. cc.*, « l'obbligazione è *indivisibile*, quantunque la cosa « o il fatto che ne forma l'oggetto sia di sua na- « tura divisibile, se il rapporto sotto cui è consi- « derato nella obbligazione non la rende capace di « esecuzione parziale. »

Questa disposizione racchiude evidentemente molti casi in cui l'obbligazione fosse indivisibile; essa comprende in ispecie quello in cui l'oggetto,

(1) L. 72, *princip.*, ff. *de verb. oblig.*

quantunque capace di divisione intellettuale, fosse un corpo determinato, il quale per natura sua non potesse consegnarsi in parti, come un cavallo, una statua; imperocchè è chiaro che i contraenti non intesero che quest' oggetto potesse consegnarsi parzialmente: la cosa non è anche possibile. Molineo chiamava questo caso d' indivisibilità, *individuum obligatione*, in quantochè, sebbene l' obbligazione in tal caso sia divisibile *jure inter heredes*, nondimeno essa è indivisibile *executione*, *seu traditione rei*.

Siffatta disposizione racchiude pure le obbligazioni le quali sono indivisibili sol perchè le parti vollero così, e per ragione soltanto del modo con cui venissero eseguite: tal' è la promessa di consegnare un terreno necessario alla costruzione di un certo edifizio, o anche una somma di danaro per una destinazione speciale, per esempio, per trarre di carcere un debitore.

È questo il caso dell' indivisibilità di pagamento soltanto, *individuum solutione*, diceva Molineo; e questa specie d' indivisibilità è sempre compresa in quella ch' egli chiamava *individuum obligatione*.

257. Ma volendo i compilatori del Codice esprimere in siffatti art. 1217 e 1218 *le cause* per le quali un' obbligazione può essere indivisibile, posero col fatto questi due articoli in opposizione tra loro, e di più misero l' ultimo in contraddizione espressa coi numeri 2 e 5 dell' art. 1221 c. c. = *1174 ll. cc.*

Primieramente avvi opposizione fra gli art. 1217

e 1218, in quantochè un cavallo, per esempio, è la materia di un'obbligazione divisibile secondo l'articolo 1217, e di un'obbligazione indivisibile secondo l'art. 1218.

È la materia di un'obbligazione *divisibile* secondo l'art. 1217, poichè un cavallo è capace di divisione intellettuale, può appartenere a molti in parti, anche ineguali, essere l'oggetto di un incanto fra i diversi condomini, ed è lecito anche a ciascuno vendere separatamente la parte che ha in questo cavallo: cose tutte che non possono avvenire circa ad un dritto di servitù, per esempio, attesochè non è permesso di stabilire una servitù in parti, nè di esercitarla in parti. Gli art. 789 e 790 c. c. = *706 e 707 ll. cc.* non potrebbero sancire in più espresso modo questa indivisibilità, secondo gli effetti che le fanno produrre. Ed in fatti è chiaro che considerando la servitù in sè stessa ed indipendentemente dall'utilità di cui può essere per ciascun condomino del fondo cui è dovuta, tale servitù non è capace di divisione alcuna, anche intellettuale, fra questi diversi condomini; che non appartiene ad alcun di loro per una parte, e che nettampoco potrebbe per sè medesima costituire un incanto fra essi, giacchè niuno di essi farebbe il sacrificio di un soldo per essere riputato di averlo per sè solo, finchè lasceranno il fondo in comune.

Ma un cavallo è l'oggetto di un'obbligazione *indivisibile* secondo l'art. 1218, perchè evidentemente le parti considerarono come non essendo capace di

esecuzione parziale l'obbligazione che ha per oggetto una data cosa.

Dippiù l'art. 1939 c. c. = *1811 ll. cc.* dispone: « Se la cosa depositata non è divisibile, gli eredi « debbono fra loro accordarsi sul modo di riceverla.» Or non s'intende forse generalmente con ciò il caso in cui il deposito fosse di un corpo determinato, come un quadro, un cavallo, un brillante ec., cose non capaci di divisione non materiali senza distruzione della sostanza, ma nondimeno capacissime di divisione intellettuale? Ciò non è dubbioso; per cui questa specie appunto d'indivisibilità Molineo chiamò *individuum obligatione*, ma ch'è piuttosto tale *ratione solutionis*, e divisibilità *jure*. Vedremo in appresso in che essa differisca dall'indivisibilità assoluta, per riguardo agli eredi del debitore.

Diciamo *generalmente*, giacchè il deposito di taluni titoli, come quelli riguardanti lo stato di una persona, sarebbe evidentemente di una cosa indivisibile; ma il deposito di un biglietto sarebbe di una cosa divisibile considerando la cosa rappresentata dal biglietto, e di un corpo determinato considerando questo biglietto medesimo.

L'opposizione fra i suddetti art. 1218 e 1221, n.i 2 e 5 c. c., sembra vieppiù manifesta, se è possibile. Il caso del n.o 2 è quello in cui il debito sia di un corpo determinato in generale, il che comprende in conseguenza il caso del cavallo di cui si è pocanzi parlato. E quello o piuttosto quelli del num. 5 sono i casi « quando o dalla natura dell'ob-

« bligazione, o dalla cosa che ne forma l'oggetto, « o dal fine che si è avuto di mira nel contratto, « risulti essere stata intenzione de' contraenti, che « il debito non possa soddisfarsi partitamente.» Ora in questi casi, che costituiscono obbligazioni *indivisibili* secondo l'art. 1218, l'obbligazione al contrario è *divisibile* giusta l'art. 1221 (a).

È divisibile primieramente perchè questo articolo è posto sotto la rubrica del § 1.°, così conceputo: *degli effetti dell' obbligazione divisibile*. È divisibile in secondo luogo, giacchè dopo di aver l'art. 1220 c. c. = *1173 ll. cc.* regolato gli effetti delle obbligazioni divisibili fra i contraenti e loro eredi, questo art. 1221 soggiunge: « Il principio stabilito « nel precedente articolo è soggetto ad eccezione ec.»: or non puossi ragionevolmente fare eccezione ad un principio se non per casi i quali, senza tale eccezione, sarebbero stati retti da siffatto principio: è questa una regola di logica assai volgare. Dunque si tratta di obbligazioni *divisibili* nei num. 2 e 5 dell'art. 1221, come negli altri numeri del medesimo articolo; dunque avvi opposizione con l'articolo 1218 il quale qualifica come *indivisibili* queste medesime obbligazioni. Soltanto gli effetti della

(a) Nell'art. 1171 delle nostre leggi civili si tratta dell'indivisibilità *obligatione*, la quale sebben cada in oggetto divisibile, pure è indivisibile pel rapporto. Nell'art. 1174 delle stesse leggi poi si parla di una terza specie di obbligazione indivisibile e per modo di eccezione al principio della divisibilità, che dagli scrittori dicesi obbligazione *indivisibile solutione*. Ammesse tali distinzioni, che vengono anche stabilite dall' autore, svanisce ogni idea di dubbiezza ed oscurità. Trad.

obbligazione di un corpo determinato sono modificati, nel senso che l'erede detentore dell'oggetto può esser convenuto per lo intero, salvo il suo regresso contra i coeredi, se mai competa; ma ciò appunto prova ancora che l' obbligazione non è indivisibile, poichè l' azione per lo intero è qui accordata contra il detentore soltanto, mentrechè nelle obbligazioni indivisibili ciascuno de' debitori o degli eredi del debitore può essere convenuto per lo intero (art. 1222 e 1223 c. c. = *1175 e 1176 ll. cc.*), salvo il dritto accordato dall' art. 1225 c. c. = *1178 ll. cc.* al reo convenuto.

258. Si sarebbe potuto evitare questa confusione, la quale accresce i dubbj della materia: bastava a tal uopo riconoscere 1.° che vi sono obbligazioni di assoluta indivisibilità, cioè obbligazioni aventi per oggetto una cosa che nella sua tradizione, o un fatto che nella sua esecuzione, non è capace di divisione, anche intellettuale; 2.° che ve ne sono di ugualmente assoluta divisibilità, ed è questo il maggior numero; ma 3.° che avvene altre pure le quali, stante talune circostanze, non sottopongono i diversi debitori o i loro eredi alle regole soltanto delle obbligazioni divisibili propriamente dette, ma che hanno al contrario effetti comuni con quelli delle obbligazioni indivisibili. Laonde la legge 2, § 1, ff. *de verb. oblig.* ne fa una terza specie media tra le obbligazioni divisibili e le obbligazioni indivisibili: ne vedremo anche tra poco di una quarta specie, spiegando la l. 85, ff. *de verborum oblig.*

Ciò indubitatamente si volle dire, ma non ispiegossi assai chiaramente la cosa nel Codice, giacchè le obbligazioni di cui parla l'art. 1218, ed il deposito in taluni casi, furono qualificate obbligazioni indivisibili; mentrechè nell' art. 1221 num. 2 e 5 vengono al contrario considerate come divisibili: nondimeno, in quest'ultimo numero, con gli effetti della obbligazione indivisibile propriamente detta, in quanto che può il creditore dimandare l' intero a ciascun erede del debitore; lo che, ripetiamolo, rende assai oscura questa materia già si complicata, e fa nascere molte quistioni, specialmente quelle, 1.° se l' erede convenuto per lo intero nei casi di questo num. 5 abbia dritto almeno, come se l'obbligazione fosse di assoluta indivisibilità, di valersi della facoltà accordata dall'art. 1225 c. c. = *1178 ll. cc.*, di chiamare in giudizio i suoi coeredi per far dividere tra essi e lui la condanna allorchè non fosse il solo che, stante la natura dell'obbligazione, potesse eseguirla, il che del resto sarà ben raro in questi medesimi casi; e 2.° se l'art. 2249 c. c. = *2155 ll. cc.* il quale dichiara che la prescrizione interrotta contra un erede del debitore si reputa esserlo stato similmente contro gli altri allorchè l'obbligazione è *indivisibile*, sia applicabile a questa specie di casi?

Ma discuteremo in appresso questi punti.

259. Percorriamo adesso taluni casi in cui avvi maggiore o minor dubbio sulla natura dell' obbligazione.

Abbiam detto che un dritto di servitù in gene-

rale, come un dritto di passaggio o di prospetto, è indivisibile (1). In fatti considerando la servitù per quel ch' è, come una qualità (2) del fondo a pro del quale fu costituita, è chiaro che non è capace di parti, anche intellettuali, abbenchè questo fondo appartenesse a molti. È impossibile di concepire in una servitù di prospetto, di passaggio, una cosa da dividersi, o anche da porsi all'incanto, quantunque il fondo medesimo ben fosse divisibile. Quindi finchè durerà la comunione del fondo, il godimento di uno de' condomini conserverà il dritto degli altri (art. 709 c. c. = *630 ll. cc.*); e se la prescrizione non potè decorrere contro uno di essi, perchè era minore, sarà similmente stata sospesa riguardo agli altri (art. 710 c. c. = *631 ll. cc.*): onde quella massima *in individuis, minor relevat majorem* (3). In fatti quello il quale ha goduto della servitù, o contro di cui non potè decorrere la prescrizione, si reputa aver goduto del fondo per lo intero, o aver conservato il dritto per lo intero, poichè non poteva conservarlo in parte soltanto, non essendo la cosa capace di parti.

Ma quando il fondo è diviso, avvi allora altrettanti fondi quante parti vi sono; la servitù si mantiene a favore di tutti (4), in modo nondimeno che non

(1) L. 80, § 1, ff. *ad legem falcid.*; e l. 72, *princip.* ff. *de verb. oblig.*

(2) L. 86, ff. *de verb. signif.* *V.* tomo V, n.° 475.

(3) *V.* la l. 10, *princip.* ff. *quemad. servit. amitt.*, e nel tomo V, n.° 470 e segu., e 688.

(4) *V.* la legge 6, nel medesimo titolo.

si renda più gravosa la condizione del fondo serviente (art. 700 c. c. = *621 ll. cc.*); e quella porzione che pel tempo determinato dalla legge resta priva del godimento della servitù, perde il dritto che aveva (1).

260. Pur nondimeno circa agli acquedotti si possono, per ciocchè riguarda il loro esercizio (2), considerare come dritti capaci di divisione, *mensura aut temporibus* (3): per esempio, se il vostro fondo abbia verso il mio una servitù di acquedotto, ed io vendo il mio podere a due persone, ovvero lascio molti eredi, essi potranno, dividendolo, dividere eziandio il dritto dell' acquedotto, o ripartendone il volume, o convenendo, se non ne sia assai considerevole la quantità, che ne godranno alternativamente, a giorni stabiliti. Ma finchè il fondo cui è dovuto l' acquedotto non sarà diviso, tal dritto verrà considerato come indivisibile, anche intellettualmente, perchè non è che una *qualità* e non una *parte*, anche intellettuale, del fondo.

Se un testatore che ha una corrente di acqua nel suo fondo, lega il dritto su tale corrente a due vicini, ciascuno di essi avrà azione contra dell' altro per far dividere l' acqua *mensura aut temporibus*, come lo spiega Pothier *ad Pandectas*, sulla l. 19, § 4, *communi dividundo*.

---

(1) Medesima legge. *V.* puranche nello stesso volume, numeri 471 e 689.

(2) *V.* nel medesimo volume, n.° 372.

(3) L. 4, § 1, e l. 19, §. 4, ff. *communi divid.*

261. Le obbligazioni *di fare* sono di molte sorte. Alcune soprattutto consistono in far molte cose della medesima specie, come venti botti, o una stessa cosa capace di essere divisa in tante parti quante se ne vorranno, come di fare una pezza di tela; altre consistono puranche in un' opera formante per sè stessa una sola cosa, ma la quale non può considerarsi *in suo genere et cum sua forma*, se non quando sia terminata: come un teatro, una nave, una statua.

Le obbligazioni di fare cose che possono consegnarsi a proporzione che vengono formate, a pezzi, a peso o a misura, sono divisibili; ciò è sì vero, che l'art. 1791 c. c. = *1637 ll. cc.* dice che quando si tratti di un lavoro che sia di più pezzi, o a misura, la verificazione può farsi in parti diverse; e si presume fatta per tutte le parti pagate, se il padrone paghi l' artefice in proporzione del lavoro fatto.

Nondimeno nell'obbligazione di fare un' opera composta di molti pezzi, come quella di fare venti botti, l'obbligazione è divisibile sol considerando il numero o la quantità de' pezzi; giacchè ciascuna botte in sè stessa è una cosa indivisibile, poichè consiste in un' opera che non può considerarsi come adempita per alcuna parte, se non quando è compita e terminata, *opus consumatum et perfectum*. Donde non bisogna tuttavia conchiudere che vi sieno in tal caso venti obbligazioni, ed in conseguenza venti obbligazioni indivisibili comprese in una obbligazione

divisibile; giacchè ciò sarebbe quasi tanto assurdo quanto il dire che nella obbligazione di dare una certa somma o tanti scudi *qui sunt in conspectu*, vi sieno altrettante obbligazioni quante monete vi ha; l. 29, *princip.* ff. *de verb. oblig.*

Ma secondo questo testo, allorchè vi sieno molte somme e molte cose promesse, abbenchè col medesimo atto, vi ha tante obbligazioni quante sono le somme: *in stipulationibus tot esse stipulationes, quot summæ sunt; totque esse stipulationes, quot species sunt.* Cioè che se siasi convenuto che il debitore pagherà, per esempio 100 e 50, o se siasi convenuto che darà il cavallo baio ed il cavallo bianco, vi sono due promesse, di cui l' una non lede all'altra. La l. 140 *princip.* dello stesso titolo sancisce la medesima cosa.

Al contrario se stipulo una collezione di cose, come una greggia, una fabbrica, la vostra biblioteca, non avvi che una sola obbligazione per tutti i corpi compresi in siffatta collezione. E se il vostro autore mi abbia fatto diversi legati, ed io stipulo con voi che me li pagherete tutti, non avvi ugualmente che una sola stipulazione, perchè la generalità de' legati a me fatti forma l'oggetto unico della convenzione; medesima legge 29, *de verb. oblig.*

In una vendita di molte cose fatta per un solo e medesimo prezzo, avvi eziandio una sola vendita, quando anche queste cose fossero di diverse specie, come il tale prato e la tale vigna; l. 44, ff. *de contraeh. emptione;* l. 17, ff. *de in diem ad-*

dict.; l. 34, ff. *de ædil. edicto.* Nondimeno si dà luogo all'azione di garantia per una sola specie evinta come per molte o per tutte; l. 72, *infine*, ff. *de evictionib.*

L'obbligazione di fare una data opera che non può esser atta a servire alla sua destinazione se non quando sia terminata, come quella di fare una botte, un oriuolo, un teatro, una sala da bagno, un palagio, è un'obbligazione indivisibile, perchè non si considera il fatto passaggiero e successivo della formazione o della costruzione, l'aggiunzione di una materia ad un'altra, ma sì l'opera intera e perfetta: talmentechè sino a quando rimane qualche cosa a fare perchè possa riguardarsi come terminata, puossi sostenere che non sia fatta per alcuna parte (1). Ciò fece dire a Caio nella l. 80, § 1, ff. *ad legem falcidiam*, che se un testatore impose ai suoi eredi l'obbligazione di fare un dato edifizio nella tale città, il legato è indivisibile: *Legatum individuum videtur; neque enim ullum balneum, aut tehatrum, aut stadium fecisse intelligitur, qui ei propriam formam quæ ex consumatione contingit, non dederit.* In conseguenza ciascuno degli eredi può essere convenuto per lo intero, salvo il dividere la condanna ai danni ed interessi tra l'erede convenuto ed i suoi coeredi, se gli ha chiamati in causa, in conformità dell'art. 1225 c. c. = *1178 ll. cc.*

(1) L. 2, § 1, *de præt. stipul.*; Cuiacio sulla l. 85, ff. *de verb. oblig.*

262. Ciò posto, debbesi dire che l'obbligazione di somministrare una giornata di lavoro è indivisibile, in guisa che se l'operaio siasi ritirato dal lavoro prima di mezzogiorno o anche dopo, ma prima di terminare la giornata, egli non è liberato dalla sua obbligazione per veruna parte, salvo il dritto, adempiendola in prosieguo con una giornata intera, di farsi pagare il prezzo del tempo che impiegò dapprima. In fatti ciocchè egli aveva promesso non era *officium horarium*, ma *officium diurnum*; l. 3, § 1, e l. 15, ff. *de oper. libert.* Nondimeno le circostanze della causa potrebbero far considerare il lavoro di due mezze giornate in giorni diversi come l'impiego di una giornata continua: l'intenzione delle parti è sempre la regola da seguirsi; e se l'operaio avesse semplicemente promesso dodici ore di lavoro, per esempio, potrebbe eseguire la sua obbligazione in molti giorni; ma dovrebbe almeno impiegare un'ora per ciascuna volta.

263. Secondo Ulpiano nella l. 72, ff. *de verb. oblig.*, l'obbligazione di consegnare un fondo, *fundum tradi*, è indivisibile, come quella *fossam fodiri*, *insulam fabricari*, *vel si quid simile.*

Molineo (1) dopo aver riferito diciassette differenti opinioni che tendono a conciliare la opinione di Ulpiano con quella da questo stesso giureconsulto data nella l. 3, § 3, ff. *commod. vel contra*, in cui dice che l'obbligazione di restituire una cosa como-

(1) *Tract. de divid. vel individ.*, § 2, n.° 279 *ad num.* 359.

data è divisibile, ed in conseguenza non produce contra ciascuno degli eredi del comodatario che un' azione per la sua parte ereditaria, salvo a poter convenire il detentore per lo intero; Molineo diciamo per conciliare tali testi pretende che Ulpiano nella l. 72 considerò l' obbligazione *fundum tradi* accompagnata da qualche particolare circostanza che la rendeva indivisibile nella sua dimanda, perchè lo era nell' esecuzione, cioè, secondo Molineo, il fondo aveva una speciale destinazione la quale richiedeva che esso fosse consegnato intero, e per la stessa ragione *indivisibiliter*, come sarebbe un' aia necessaria ad una costruzione: *eum fundum tradi, non simpliciter, sed ad certum usum finemque principaliter consideratum in contrahendo.* Donde seguirebbe, secondo lo stesso autore, che eccettuata questa circostanza o qualunque altra analoga, l' obbligazione di dare un fondo, al pari di quella di restituire una cosa comodata o affidata in deposito, o data in pegno, sarebbe un' obbligazione divisibile.

Noi adottiamo la opinione di Molineo riguardo a quest' ultimo punto, ch' è quella puranche di Pothier (n.° 295); ma ciò non concilia realmente i due testi del dritto romano, perchè nulla indica in questa legge 72 che vi fosse la particolare circostanza di cui parla Molineo, lo che rende assai divinatoria la sua conciliazione.

Forse è più vero il dire coi professori di Lovanio (1), che l'obbligazione di consegnare un fon-

(1) *Recitationes ad Pandectas, tit. de rei vindicatione*, n.° 4.

do, o qualunque altra cosa, potè considerarsi da Ulpiano sotto un doppio rapporto; come un semplice fatto e come avente per oggetto di trasferire la proprietà della cosa, o almeno il suo libero godimento. Sotto il primo aspetto essa è realmente indivisibile, poichè di sua natura un fatto considerato in sè stesso è qualche cosa d'indivisibile. Sotto il secondo riguardo l' obbligazione è divisibile, perchè la proprietà ed il godimento sono cose divisibilissime. Or probabilmente Ulpiano risguardò l'obbligazione *fundum tradi* sotto il primo aspetto nella l. 72; almeno come obbligazione *di fare*, nel modo che vien dimostrato dai diversi altri fatti ch'egli adduce per esempj di obbligazioni indivisibili, assimilando sotto tal rapporto queste obbligazioni a quelle che hanno per oggetto un dritto di servitù. Egli così si esprime: *Stipulationes non dividuntur earum rerum quæ divisionem non recipiunt: veluti viæ, itineris, actus aquæductus, cæterarumque servitutum. Idem puto, et si quis faciendum aliquid stipulatus sit: ut puta* FUNDUM TRADI, *vel fossam fodiri, vel insulam fabricari, vel operas, vel quid his simile. Horum enim divisio corrumpit stipulationem.*

Se ciò debbe così intendersi, e noi il crediamo, l' obbligazione di consegnare un fondo sarebbe indivisibile circa all'esecuzione o al fatto di tradizione; e sarebbe divisibile nelle sue conseguenze, circa alla garantia in caso di evizione, sotto al quale rapporto noi la risguarderemo.

264. Il giureconsulto Paolo nella l. 85, ff. *de verb. oblig.*, considerando le obbligazioni sotto il rapporto della dimanda e dell' esecuzione o pagamento, dice che ve ne sono di quattro specie.

1.° Quelle il cui pagamento dev' essere dimandato a ciascuno degli eredi del debitore per la sua parte ereditaria soltanto, e non può similmente esser dimandata da ciascuno degli eredi del creditore che proporzionatamente alla sua porzione per la quale gli successe: *quod a singulis heredibus divisum consegui possumus.* Son queste le obbligazioni divisibili senza modificazione: come quelle che hanno per oggetto una somma di danaro, e 'l cui effetto vien regolato dall' art. 1220 c. c. = *1173 ll. cc.*

2.° Quelle il cui oggetto non può essere dimandato nè pagato in parte: *quod totum peti necesse est, nec divisum præstari potest.* Tal' è l' obbligazione di fare una data opera o edifizio: *nam singuli heredes in solidum tenentur, quia operis effectus in partes scindi non potest.* Tali sono puranche i casi di servitù.

3.° Quelle nelle quali la dimanda è divisibile, perchè ciascuno degli eredi del debitore non deve, *jure*, che la sua parte nel debito, ma in cui nondimeno, *ex necessitate*, l' esecuzione o il pagamento della cosa medesima non può farsi in parte: *quod pro parte petitur, sed solvi, nisi totum non potest.* Come quando l' oggetto dell' obbligazione sia una cosa che non è capace di divisione senza distruggersi la sua sostanza, *puta* un cavallo indetermi-

natamente: *veluti cum stipulatus sum hominem incertum; nam petitio ejus scinditur, solvi vero nisi solidus non potest.* Uno degli eredi non potrebbe offrire per la sua liberazione la metà che avesse in un dato cavallo, e l'altro erede la metà puranche che avesse in un altro cavallo; imperocchè il creditore non istipulò parti di oggetti diversi, abbenchè della medesima specie, ma un solo e medesimo oggetto: *alioquin in diversis hominibus recte partes solverentur, quod defunctus non potuit facere, ne quod stipulatus sum conseguar.*

Ma se in tal caso l'erede convenuto non consegna il cavallo promesso, l'esecuzione si farà nondimeno per parti, attesochè non dovrà esser condannato ai danni ed interessi, che sono cose divisibili, se non per la sua porzione (1).

E se l'oggetto dell'obbligazione sia un corpo certo e determinato, di cui l'attore fosse proprietario, per esempio il tale cavallo da lui comodato, affittato, dato in deposito o in pegno, e di cui fosse detentore uno degli eredi del debitore, questo erede potrebbe essere *convenuto* per l'intero, e *condannato* per l'intero alla consegnazione della cosa, e per l'intero puranche ai danni ed interessi, in mancanza di consegnazione della cosa, se l'avesse fatto perire per sua colpa, o se fosse perita dopo che egli fu costituito in mora. Egli dovrebbe questi danni ed inte-

(1) Cuiacio su questa legge, Molineo e Pothier. Daremo maggiori sviluppamenti su tal punto nel paragrafo seguente, spiegando l'art. 1221 c. c. = *1174 ll. cc.*

*

ressi per la sua parte ereditaria, a causa dell' obbligazione del defunto, *quæ in eum descendit pro parte*, e pel rimanente li dovrebbe *propter culpam suam aut moram.*

Finalmente la quarta classe di obbligazioni secondo questa legge 85, ff. *de verb. oblig.*, comprende i casi in cui l'azione sia al contrario *in solidum* contra ciascuno degli eredi del debitore, e nei quali nondimeno la condanna non vien pronunziata contra ciascuno di essi se non per la sua porzione: in guisa che l' obbligazione è indivisibile *quoad petitionem*, ma divisibile *quoad executionem*, e per lo stesso motivo divisibile *quoad damnationem.* Tal'è il caso in cui un venditore il quale deve la garantia al compratore muoia lasciando molti eredi, ed il compratore sia turbato da un terzo nel suo godimento. Questo compratore può porli tutti in causa, o non chiamarne che un solo; ma o che ne chiami uno o li chiami tutti, la condanna ai danni ed interessi, se vi sia evizione, ha sempre luogo divisamente, in proporzione della parte ereditaria di ciascuno di essi, in modo che chi ha pagato la sua è liberato: *in solidum vero agi oportet, et parte solutio adfert liberationem, cum ex causa evictionis intendimus; nam auctoris heredes in solidum denuntiandi sunt, omnesque debent subsistere; et quolibet defugiente, omnes tenebuntur, sed unicuique pro parte hereditaria præstatio injungitur.*

Tal' è puranche la spiegazione data da Cuiacio a simil testo; e Pothier nel suo trattato *di ven-*

dita, n.° 111, dice similmente che la chiamata in garantia fatta dal compratore turbato, o l'azione in garantia dopo la sofferta evizione, è veramente indivisibile circa alla dimanda, ma non circa alla condanna: cioè che il compratore può citare un solo degli eredi del venditore, o tutti a sua scelta, perchè l'obbligazione di far godere è un fatto, per conseguenza una obbligazione indivisibile, ma che gli effetti di questa obbligazione sono divisibili tra gli eredi del creditore; e per ciò che ciascun di essi non dev'essere condannato a pagare i danni ed interessi se non per la sua porzione. Tuttavolta, suggiunge Pothier, se chi sia il solo convenuto non chiami i suoi coeredi, sopporta egli solo le spese del giudizio se mai soccomba. Si comprende del resto, osserva lo stesso autore, che il compratore ha un grande interesse a chiamarli tutti, a fin di non avanzare molte dimande; giacchè ciocchè fosse giudicato contro uno di essi non farebbe legge per gli altri.

Quindi vi sarebbe la differenza tra siffatto caso e quelli d'indivisibilità assoluta, che in questi ultimi l'erede convenuto per lo intero ha, egli è vero, il dritto di domandare un termine per porre in causa i suoi coeredi, a fin di far dividere tra essi e lui la condanna, se altronde non sia il solo che possa adempiere all'obbligazione secondo il suo tenore (art. 1225 c. c. = *1178 ll. cc.*); ma in questi medesimi casi, dev'essere condannato per lo intero, salvo il suo regresso, se abbia trascurato tal

mezzo. Mentrechè in quello di garantia, l'erede, abbenchè sia il solo convenuto non dev'essere condannato per la sua parte, giustificando di essere erede solamente per una parte; e ciò quando anche non chiamasse i suoi coeredi e non si difendesse contra la dimanda, salvo di sopportare egli solo per intero le spese della lite. Quindi spetta al compratore di chiamare gli altri coeredi, se il creda opportuno; mentrechè nei casi dell' art. 1225 c. c. = *1178 ll. cc.* spetta all' erede convenuto.

265. Riguardo all' eccezione di garantia, la quistione se sia indivisibile ne' suoi effetti tra gli eredi del venditore uno de' quali sia proprietario della cosa venduta, ed egli rivendichi, fu controvertitissima negli antichi principj e lo è ancora presentemente.

Così, supponghiamo che un padre abbia venduto e consegnato come suo un fondo che apparteneva ad uno de' suoi figli minori; che questo figlio divenuto di età maggiore abbia in prosieguo accettata la eredità di suo padre, *puta* per un quarto, e che rivendichi il fondo offrendo di pagare la sua parte delle indennità che fossero mai dovute al compratore, a causa dell' evizione.

Primieramente è certo che se si fosse qualificato erede col beneficio dell' inventario, nessuna eccezione potrebbeglisi opporre sulla sua dimanda per rivendicazione, quando anche fosse erede unico, col peso tuttavolta da parte sua di render conto al compratore del contenuto dell' inventario, o di ciocchè ne rimanesse, sino alla concorrenza della indennità

che potrebbe esser dovuta *propter evictionem;* e se fosse erede in parte soltanto, col peso di rendergli conto dell' inventario, *pro sua parte hereditaria.* Imperocchè il beneficio dell' inventario impedisce la confusione delle obbligazioni del defunto nella persona dell' erede; è questo uno de' suoi principali effetti; art. 802 c. c. = *719 ll. cc.* L' erede beneficiato è tenuto delle obbligazioni del defunto sol per rapporto ai beni della successione, e solo con questi medesimi beni è egli tenuto di adempierle (1).

Ma nel caso in cui il figlio, proprietario della cosa venduta, siesi qualificato erede puro e semplice di suo padre venditore, e non abbia con atto alcuno confermato o ratificato la vendita, la quistione se l' eccezione di garantia, supponendo il figlio erede in parte soltanto, abbia effetti indivisibili contro di lui, scisse, noi dicevamo, gli autori.

Nel dritto romano e nella nostra antica giurisprudenza era massima che il proprietario della cosa venduta e consegnata senza suo consenso, poteva esser dichiarato inammessibile nella sua dimanda per rivendicazione contra il compratore, se fosse divenuto unico erede del venditore, abbenchè altron-

(1) Così opina Rousseau de Lacombe, secondo Lebrun, alla parola *erede*, n.° 17, e tanto puranche fu da noi già detto nel tomo VII, n.° 52, ove citiamo in sostegno un arresto della Corte di cassazione del 1.° dicembre 1812; *Sirey*, 14, 1, 159. Era stato nondimeno giudicato il contrario dalla Corte di Rouen nel 13 dicembre 1807; *Sirey*, 15, 2, 332; ma questa decisione è perfettamente opposta ai principj.

de offrisse di restituire il prezzo della vendita, e di pagare tutte le indennità per avventura dovute al compratore evinto. La l. 1.ª *princip.* e § 1, ff. *de exceptione rei venditæ et traditæ*, la l. 3, § 1 del medesimo titolo, e la l. 14, Cod. *de evictionibus*, non posson esser più chiare su tal punto; onde emerge questa massima de' dottori: *is quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio:* val dire che chi è tenuto di far godere e garantire non può evincere: la sua dimanda per rivendicazione non è ammessibile, sebbene sia per regola proprietario della cosa, non avendo acconsentito che fosse alienata.

In fatti, poichè colui che aveva venduto e consegnato la cosa appartenente ad un terzo, e che n'era di poi divenuto proprietario, per esempio divenendo erede unico del padrone della cosa, non poteva rivendicarla, anche offrendo di pagare i danni ed interessi per l'esecuzione della sua obbligazione di far godere il compratore (1); ugualmente l'azione per rivendicazione dell' erede del venditore, proprietario della cosa venduta e consegnata senza suo consenso, poteva esser puranche dichiarata inammessibile, perchè egli era succeduto all' obbligazione del defunto di far godere il compratore. Or contenendo siffatta obbligazione quella di non turbarlo egli stesso, è puranche sotto tal rapporto un'obbligazione *in non fa-*

(1) Sarebbe stato escluso coll'eccezione *rei venditæ et traditæ*; medesima legge 1.ª, *princip.* ff. a questo titolo.

ciendo: donde molti interpetri (1) conchiusero che sia indivisibile ne' suoi effetti tra gli eredi del venditore; per conseguenza che quello tra essi che è proprietario della cosa venduta non può rivendicarla per una porzione qualunque, salvo il suo regresso per indennità contra i suoi coeredi.

Tuttavolta distinguevano, almeno molti di essi (2), tra il caso in cui il compratore avesse acquistato nell' ignoranza che la cosa era d'altrui, e'l contrario. Essi applicavano al primo caso la loro opinione senz' alcuna restrizione; ma nel secondo convenivano che l' erede non dovesse essere escluso che per una parte nella cosa, in proporzione di quella per la quale era erede, e che pel rimanente si potesse ammettere la sua azione per rivendicazione.

Essi fondavano siffatta distinzione sul motivo che nel caso in cui il compratore aveva comprato scientemente la cosa dell' erede, non era dovuta la garantia (senza stipulazione) (3); che soltanto il venditore non avrebbe potuto evincerlo, abbenchè fosse di poi divenuto proprietario della cosa, perchè la garantia de' proprj fatti era di dritto, non come risultante in questo caso *immediate* dal contratto di vendita, ma come risultante dall' obbligazione generale contenuta in questa specie di convenzioni,

(1) Specialmente Duval *de rebus dubiis*, cap. *de evictionibus*; i professori di Lovanio, *recitationes ad Pandectas*, tit. *de rei vindicatione*, numeri 3 e 4; e Cochin nella sua 46.ª consulta.

(2) Soprattutto i professori di Lovanio.

(3) L. 27, Cod. *de evict.*

di procedere in buona fede: or la buona fede non permette che chi vendè ritratti il proprio fatto. Ma l' erede, dicevano essi, non avendo succeduto che in parte al defunto, non lo rappresenta pure che in parte in questa obbligazione: in altri termini, l' eccezione di dolo che sarebbe risultata contra il defunto dall' azione da lui diretta contra il compratore, non ha effetto riguardo all' erede che per la sua parte ereditaria. Mentrechè quando il compratore comprò in buona fede, ha dritto alla garantia *propter evictionem*, e l'obbligazione di garantire o far godere, e per conseguenza ancora di non turbare egli stesso il compratore, è una obbligazione di fare, ed anche di astenersi di fare; e come tale è indivisibile ne' suoi effetti tra gli eredi del venditore.

Essi fondavano tale distinzione sulla legge 14 *de rei vindicatione*, la stessa sopra cui si poggiavano i partigiani dell' opinione contraria, quelli i quali pretendono che in tutti i casi in cui la cosa sia divisibile, almeno intellettualmente, l'eccezione di garantia, del pari che l'azione per garantia, sia divisibile ne' suoi effetti tra gli eredi del venditore. Questa legge è così conceputa: *Cum a matre domum filii*, TE SCIENTE, *comparasse proponas adversus eum dominium vindicantem, si matri non successit, nulla te exceptione tueri potes. Quod si venditricis obtinet hereditatem, doli mali exceptione*, PRO QUA PORTIONE AD EUM HEREDITAS PERTINET, *uti non prohiberis.*

Da queste parole *te sciente*, applicate nel rescritto al compratore, desunsero i partigiani dell'indivisibilità dell' eccezione di garantia che sarebbe stato diversamente prescritto se il compratore avesse ignorato che comprava la cosa altrui; che allora l'eccezione contro l'erede non sarebbe stata soltanto *pro portione hereditaria*, ma per lo intero, *indivisibiliter*, salvo il regresso dell'erede contra i suoi coeredi.

Ma Molineo, Henrys, Pothier ed altri dotti interpetri sostennero al contrario, che l' eccezione di garantia nella vendita di un fondo o altra cosa divisibile *saltem intellectu*, è così divisibile ne' suoi effetti tra gli eredi del venditore, come lo è la stessa azione per garantia; che ambedue partono dal medesimo principio, che entrambe derivano dalla medesima obbligazione, e che in tal modo l'erede proprietario della cosa di cui il defunto dispose senza di lui consenso, può rivendicarla per lo intero, meno la parte corrispondente a quella per la quale egli è erede; che soltanto il compratore, il quale non può essere astretto a trovarsi in comunione (1), il quale non comprò una parte ma l' intero, ha la facoltà di costringere allora l'erede a prendersi l'intero, con l'obbligo dal costui canto di pagare la sua parte del prezzo da restituire, e delle indennità che mai fossero dovute al compratore per mancanza di godimento.

E riguardo alle parole *te sciente* della l. 14 in-

(1) *V.* la legge *si non sortem*, 26, §§ 13 e 14, ff. *de condict. indebiti.*

nanzi citata, e da cui i partigiani della prima opinione traggono argomento per sostenere che la risoluzione sarebbe stata differente se il compratore avesse comprato in buona fede; chè allora l'eccezione di garantia contra l'erede avrebbe avuto luogo, non solo *pro parte hereditaria*, ma per lo intero; Pothier e quelli del suo parere sulla quistione sostengono che queste parole non esprimono se non una circostanza indifferente, e che si trovano in questa legge sol perchè un rescritto riferì il fatto tal quale era stato esposto nella supplica: che o il compratore abbia ignorato esser di altrui la cosa, o l'abbia saputo, l'erede proprietario ed erede in parte soltanto, non va esposto agli effetti dell'eccezione di garantia, sulla sua dimanda per rivendicazione, se non per la sua quota ereditaria, nel medesimo modo e per la medesima quantità come vi andrebbe all'azione di garantia avanzata dal compratore evinto da un terzo.

Henrys sostenne ancora di poter egli rivendicare la sua cosa per lo intero, col peso di pagare la sua parte nelle indennità che fossero allora dovute al compratore; ma in tal punto egli vien confutato da Pothier, il quale dice nel suo contratto *di vendita*, n.° 173, che siffatta dottrina è contraria alle regole, attesochè l'erede non può fare, nei limiti della sua parte ereditaria, ciocchè non avrebbe potuto fare il defunto il quale fosse divenuto proprietario della cosa venduta posteriormente alla vendita. Or questi non avrebbe potuto rivendicare: la sua di-

manda sarebbe stata rigettata coll'eccezione *rei venditæ et traditæ.*

Ponendo da parte siffatto disparere tra Pothier ed Henrys sopra tal punto particolare, diremo che il sentimento di questi autori sulla quistione stabilita da principio è infinitamente più giusto dell'opinione di coloro i quali credono che l' eccezione di garantia sia indivisibile ne' suoi effetti tra i diversi eredi del venditore il quale vendette e consegnò la cosa di uno d'essi senza di lui partecipazione. La vendita della cosa altrui non conferisce la proprietà; può soltanto dar luogo ai danni ed interessi, e ciascun erede, il proprietario della cosa del pari che gli altri, n' è soltanto tenuto per la sua parte; e subitochè il detentore della cosa compensa per via di ritenuta una porzione di questa cosa con quella di cui l' erede sarebbe tenuto per questi medesimi danni ed interessi, ci sembra che ciò sia quanto egli possa ragionevolmente pretendere riguardo a tal erede.

Nondimeno la Corte di Caen giudicò contro siffatta opinione negli 8 dicembre 1808, e la sua decisione fu confermata della Corte di cassazione, sezione civile, con arresto del 19 febbraro 1811 (1): ecco in quale specie.

Dubourg essendo stato deportato come prete, per applicazione delle leggi della rivoluzione, le sue tre sorelle furono immesse in possesso de'suoi beni mediante un atto dell' amministrazione.

(1) *V.* la decisione e l'arresto nella *Raccolta di giurisprudenza del Codice civile*, tomo XVI, pag. 252.

Rientra egli in Francia, e le sue sorelle glieli restituiscono.

Nel 28 fiorile anno XI egli vende questi medesimi beni ai coniugi Sajan. Una delle tre sorelle, Catterina, era trapassata; un'altra, Giovanna, figurò nell' atto di vendita in qualità di convenditrice, ed obbligandosi solidalmente per la garantia verso gli acquirenti.

Essendo di poi trapassata Giovanna, la sua eredità fu conseguita per metà dalla Levergeois, sua terza sorella, e da un' altra persona.

La Levergeois convenne in giudizio gli acquirenti. Ella sostenne che in virtù dell' ordinanza del governo di nebbioso anno II, era proprietaria del terzo de' beni di suo fratello; ch' essa malamente gliene aveva restituito il possesso; e per conseguenza che questi non aveva potuto venderli con effetto.

Come si scorge, tale pretensione era ben poco degna di favore, poichè non fondata che sopra leggi di rigore per le quali Dubourg aveva sofferto la confiscazione; per cui avrebbesi potuto opporre alla Levergeois l' eccezione desunta dal che essa non avea fatto se non adempiere ad una obbligazione naturale restituendo a suo fratello beni di cui era stato ingiustamente spogliato, e perciò sostenere che egli avea potuto validamente venderli.

Ma in vece di tale eccezione i coniugi Sajan ne opposero un' altra: essi dissero che Giovanna Dubourg avendo venduto solidalmente con suo fratello, ed essendo la Levergeois sua erede, non era costei ammessibile a procedere contro di essi.

La Levergeois rispondeva che non era erede di Giovanna Dubourg se non in parte soltanto, mentrechè dimandava la nullità della vendita per lo intero.

Una sentenza di prima istanza dichiarò la vendita nulla per lo intero, sotto pretesto dell'indivisibilità dell' atto.

Prodottasi appellazione alla Corte di Caen, questa riformò, e rigettò all' opposto per intero la pretensione della Levergeois, per motivo della indivisibilità dell'eccezione di garantia. La Corte motivò la sua decisione sulla l. 1.ª, § 1, e sulla l. 3, § 1, ff. *de exceptione rei venditæ*, innanzi citata sul caso in cui l'erede proprietario della cosa venduta sia erede unico del venditore.

Rispetto alla l. 14, Cod. *de rei vindicatione*, non pare che il difensore della Levergeois la conoscesse, giacchè non la invocò.

Ricorso per cassazione per violazione degli art. 870 e 873 c. c. = *791. e 794 ll. cc.* Dopo un arresto di ammissione, il ricorso finalmente fu rigettato in questi termini:

« La Corte sulle conclusioni di Giraud, avvocato « generale, e previa deliberazione nella camera del « consiglio; attesochè gli art. 870 e 873 del Co- « dice civile non parlano che della divisibilità delle « azioni da esercitarsi contra gli eredi, per ragion « de' debiti e pesi ereditarj;

« Che nella specie non si tratta in alcun modo « di azione sperimentata contra eredi, ma al con- « trario di eccezione opposta all'azione sperimentata

« dall'erede contra l'acquirente del Dubourg, tra-
« passato;

« Che la Dubourg ex religiosa, di cui l'attrice
« è erede, avea venduto unitamente col prete Du-
« bourg, suo fratello, ed erasi obbligata solidal-
« mente con lui di garantire l'acquirente da ogni
« turbativa ed evizione;

« Che senza violare gli art. 870 e 873 del Co-
« dice, *si potè scorgere in questa stipulazione l'in-*
« *tenzione delle parti che la garantia fosse indi-*
« *visibile*, che essa covrisse l'intero e ciascuna parte
« della cosa alienata, e che tal modo di opinare è
« anche autorizzato dal § 5 dell'art. 1221 c. c. =
« *1174 ll. cc.*; rigetta ».

Egli non è necessario di far osservare quanto i *considerandi* di tale arresto sono equivoci sul vero punto della quistione, cioè: se l'erede in parte soltanto sia mai garante per lo intero allorchè agisca per rivendicazione? se mai l'eccezione di garantia abbia effetti più estesi di quelli dell'azione per garantia? Risulta soltanto da questi considerandi, e specialmente dall'ultimo, che la Corte di Caen *potè scorgere* un dritto indivisibile pel compratore nella garantia a lui dovuta. Ma ne consegue forse che tal dritto sia effettivamente indivisibile ne' suoi effetti? Se fosse così, tutte le obbligazioni credute indivisibili ai termini dell'art. 1218 c. c. = *1171 ll. cc.*, e creduti divisibili giusta l'art. 1221 n.° 5 c. c. = *1174 ll. cc.* combinato coll'art. 1220 c. c. = *1173 ll. cc.*, sarebbero similmente indivisibili nei loro

effetti; e nondimeno, anche riguardo ad obbligazioni indivisibili in modo assoluto, quelle dell'art. 1217 c. c. = *1170 ll. cc.*, l'indivisibilità cessa circa alla condanna se l'erede convenuto per lo intero metta in causa i suoi coeredi; e se altronde non sia il solo che possa eseguire l'obbligazione del defunto (art. 1225 c. c. = *1178 ll. cc.*), cioè se non sia il solo il quale per ragione della sua qualità di erede possa eseguirla egli solo (1). Or l'erede proprietario della cosa venduta dal defunto non eseguirebbe *propter hereditatem* la costui obbligazione non reclamando la sua cosa, ma il farebbe come proprietario. Non sapremmo dunque adottare tale opinione: si dovrebbe anche esaminare se più giusto fosse il parere di Henrys, il quale credeva che l'erede potesse riprendere tutta la cosa pagando la sua porzione dei danni ed interessi; ma non è questo il luogo di trattare simile quistione.

266. L'art. 1219 c. c. = *1172 ll. cc.* dice che la solidalità stipulata non imprime all'obbligazione il carattere d'indivisibilità.

La solidalità risultante da una disposizione speciale della legge neanche imprime tal carattere all'obbligazione.

In senso inverso l'indivisibilità dell'obbligazione non la rende solidale, nè tra i diversi debitori o creditori, nè tra i loro eredi. Osserviamo le prin-

(1) *V.* la l. 86, § 3, ff. *de legat.* 1.°; e Pothier, n.° 303 del suo trattato *delle Obbligazioni.*

cipali differenze tra le obbligazioni solidali e le obbligazioni indivisibili.

1.° L'obbligazione solidale tra i debitori si divide tra gli eredi di ciascun di essi come se il loro rispettivo autore fosse stato il solo obbligato, in modo che il creditore non può convenire con azione personale ciascuno degli eredi del medesimo debitore se non per la di lui porzione ereditaria nel debito intero; imperocchè, secondo la disposizione dell'art. 1220 c. c. = *1173 ll. cc.*, ciascun di essi non deve che la sua porzione.

Al contrario nel caso in cui l'obbligazione sia indivisibile, ciascuno degli eredi deve l'intero, perchè non può dovere parte di una cosa che non è capace di parti: donde segue che ciascun di essi può essere convenuto per lo intero. Ma siccome soltanto per la natura della cosa o del fatto che forma la materia dell'obbligazione ciascun erede deve l'intero e può essere convenuto per lo intero, ne segue che se quello il quale è convenuto non sia il solo che possa (1) eseguire l'obbligazione, e faccia d'uopo di ricorrere ai danni e interessi, allora questi danni ed interessi, come divisibilissimi, devono dividersi tra l'erede convenuto ed i suoi coeredi, se egli siasi valso della facoltà accordatagli dall'art. 1225 c. c. = *1178 ll. cc.* di porli in causa. Tal'era la opinione di Mo-

(1) Nella sua qualità di erede. Ritorneremo del resto su tal punto.

lineo (1), che si fondava sulla l. 11, § 23, ff. *de legatis 3.°*, e quella di Pothier (2).

Tanto altronde chiaramente risulta da questo art. 1225, poichè l'erede ch'è il solo convenuto dev'essere il solo condannato unicamente nel caso in cui il debito fosse di natura tale da non poter essere soddisfatto se non da lui: nel caso contrario gli altri eredi posti in causa debbon dunque puranche essere condannati; e qui la condanna non potrebbe pronunziarsi contro di tutti solidalmente, poichè allora la facoltà accordata all' erede convenuto di porli in causa, diverrebbe insignificante, obbligato come sarebbe puranche di pagare tutto il debito per effetto di tal condanna solidale. Ma in nessun luogo la legge stabilisce la solidalità propriamente detta fra gli eredi. Questa interpetrazione dell' art. 1225 c. c. = *1178 ll. cc.* non mai altronde formò alcun dubbio, come puossene ognuno convincere da quanto dice ancora Pothier nel n.° 304 del suo trattato *delle obbligazioni*.

Del resto non parliamo in questo momento che de'casi in cui l' indivisibilità del debito sia assoluta, senza dir precedentemente cosa alcuna su quelli preveduti negli art. 1218 e 1221 n.° 5 c. c. = *1171 e 1174 ll. cc.*, di cui fra poco più specialmente parleremo, esaminando gli effetti delle obbligazioni divisibili.

2.° Quanto poc'anzi abbiam detto riguardo agli eredi

(1) *Tract. de dividuis et individ.* § 2, n.° 469, e § 3, n. 90 e 104.
(2) *Delle obbligazioni*, n.° 330.

★

del debitore di un debito indivisibile si applica ugualmente ai casi in cui vi sieno molti debitori di un debito di tal natura : quello tra essi ch' è convenuto ha similmente il dritto di dimandare un termine per porre in causa i suoi condebitori, affinchè la condanna ai danni ed interessi sia divisa tra essi e lui, menochè l' obbligazione non fosse di natura tale da non poter essere adempita che da lui. L'art. 1225 c. c. = *1178 ll. cc.* si applica in fatti al caso preveduto dall'art. 1222 c. c. = *1175 ll. cc.*, del pari che al caso preveduto dall'art. 1223 c. c. = *1176 ll. cc.*: le ragioni sono assolutamente le stesse.

In vece che nell' obbligazione contratta solidalmente da molti debitori, questa facoltà di porre in causa i condebitori per far dividere la condanna, non sussiste. Ciascuno di essi deve l' intero per la sua promessa o per la disposizione della legge, ed in conseguenza dev'essere condannato per lo intero. La chiamata in causa de' condebitori non potrebbe aver luogo se non per far pronunziare sul regresso in garantia, giusta quanto più sopra si disse, n.° 215.

3.° Nell' obbligazione solidale tra debitori se il corpo certo e determinato che forma la materia dell' obbligazione perisca per fatto di uno degli obbligati, o dopo che uno di essi sia stato costituito in mora, gli altri veramente non sono tenuti al risarcimento de' danni ed interessi che fossero mai dovuti al creditore oltre il prezzo della cosa, ma debbono ancora il prezzo di questa cosa; art. 1205 c. c. = *1158 ll. cc.*

Mentrechè nelle obbligazioni indivisibili coloro che non sono nè in colpa nè in mora vengono liberati interamente per la perdita del corpo certo avvenuta anche per colpa o dopo la costituzione in mora di uno o di molti de' coobbligati o coeredi; imperocchè tal fatto del loro coobbligato o coerede è per riguardo ad essi il fatto di un estraneo, per conseguenza un caso fortuito, ed apre a lor favore il mezzo di liberazione dell'art. 1302 c. c.=*1256 ll. cc.* La differenza consiste in quanto che nelle obbligazioni solidali vi hanno, riguardo alle persone, tante obbligazioni dell'intero quanti sono gli obbligati, e ciascun di essi garantisce, se non per ciocchè concerne i danni ed interessi, almeno per ciocchè concerne la cosa medesima, la colpa o la mora del suo condebitore. Ma ciò non ha luogo nelle obbligazioni semplicemente indivisibili, in cui ciascuno de' debitori non è tenuto che per se, e nelle quali non dovrebbe che la sua parte se la cosa dovuta fosse capace di parti; salvo tuttavolta ciocchè diremo parlando della clausola penale.

Ma siccome le obbligazioni solidali si dividono tra gli eredi di ciascuno de' debitori, risulta da ciò che quando anche la cosa dovuta fosse perita per colpa di uno di questi eredi, o dopo che egli sia stato costituito in mora, i suoi coeredi non ne sarebbero men liberati; imperocchè essi non garantivano i suoi fatti, che a loro riguardo sono come i fatti di un estraneo; essi sono solamente risponsabili de' fatti del defunto, e ciascuno nella proporzione della

parte per la quale gli successe (1): ciocchè fu da noi già detto parlando della solidalità fra i debitori.

4.° Nelle obbligazioni solidali, la prescrizione interrotta rispetto ad uno de'debitori o contra l'erede unico di uno di essi, o finalmente contra tutti gli eredi di questo debitore, si reputa ugualmente interrotta contra tutti gli altri condebitori o contra i loro eredi rispettivi (art. 1206 e 2249 c. c. = *1159 e 2155 ll. cc.*), perchè allora il debito fu conservato per intero; ma se la prescrizione non fu interrotta che rispetto soltanto ad uno o a molti degli eredi di uno de' condebitori, fu conservata la porzione soltanto di questo erede nell' intero debito: in conseguenza quelli contro i quali la prescrizione non fu interrotta han prescritto la loro parte, e la porzione riservata non è più dovuta se non da quello che non prescrisse e dagli altri condebitori, ma lo è tuttavolta anche solidalmente.

Al contrario nelle obbligazioni indivisibili, la prescrizione interrotta riguardo eziandio ad un solo degli eredi del debitore o di uno de' debitori, lo è ugualmente riguardo a tutti gli altri eredi (art. 2249 c. c. = *2155 ll. cc.*), o debitori, attesochè non potrebbe esserlo in parte soltanto in una cosa che non è capace di parti; art. 709 e 710 c. c. = *630 e 631 ll. cc.* per argomento.

267. Qui cade a proposito la quistione se questo art. 2249 c. c. = *2155 ll. cc.*, nelle espressioni,

(1) Pothier, n.° 306.

ammenochè il debito non sia indivisibile, si applichi puranche ai casi in cui il debito non sia indivisibile se non perchè la cosa promessa non fosse capace di divisione senza che rimanga distrutta la sostanza di questa cosa, a causa dell'intenzione dei contraenti.

A noi sembra indubitato che l'obbligazione di consegnare o di restituire un oggetto anche non capace di divisione materiale senza che se ne distrugga la sostanza, come un cavallo dovuto per esempio per ragione di una vendita, di un comodato o di un deposito, non sia un' obbligazione indivisibile nel senso dell'art. 2249 c. c. = *2155 ll. cc.*, non ostante la denominazione d'*indivisibile* data in simil caso alla cosa depositata, dall' art. 1939 c. c. = *1811 ll. cc.* (1), e viemaggiormente allorchè la cosa divisibile materialmente senza distruzione della sua sostanza, non fosse indivisibile se non perchè le parti contrattando avessero considerata l'obbligazione come incapace di esecuzione parziale, a cagione di qualche particolare circostanza, come il caso di un suolo per farvi una determinata costruzione, o anche di una somma per trarre di prigione un debitore. Donde segue: 1.° che in queste specie di obbligazioni la prescrizione interrotta riguardo ad uno de' debitori del corpo determinato che formava la materia del debito, o riguardo ad uno degli eredi del debitore o di uno de' debitori, è interrotta pu-

(1) *V.* sopra n.° 257.

ranche per l' intero rispetto a chi era allora detentore della cosa; ma 2.° che non lo è perciò riguardo agli altri debitori, o riguardo agli altri eredi; e 3.° se colui contro il quale fu interrotta la prescrizione non era allora detentore della cosa, essa non fu interrotta che per la sua parte nel debito, ed unicamente per questa parte.

In fatti ciascun di essi doveva soltanto la sua parte nel debito, ed il detentore l' intero, per ragione della sua qualità di detentore; questi ben poteva essere convenuto per l'intero, ma gli altri non potevano esserlo che per la lor parte solamente (art. 1221 n.° 2 ed ultimo paragrafo c. c. = *1174 ll. cc.*): la prescrizione dunque dovè operarsi a lor vantaggio se questa medesima parte non fu utilmente conservata. La l. 3, § 3, ff. *commodati vel contra* dice positivamente che gli eredi del comodatario non sono regolarmente tenuti all' obbligazione del loro autore, di restituire la cosa comodata, se non per la porzione soltanto per cui sono eredi, lo che forma il carattere distintivo delle obbligazioni divisibili: *heres ejus qui commodatum accepit, pro ea parte qua heres est, convenitur: nisi forte habuit facultatem totius restituendæ, nec faciat; tunc enim condemnatur in solidum, quasi hoc boni judicis arbitrio conveniat.*

È questa l' assoluta disposizione dell' art. 1221 c. c. = *1174 ll. cc.*; il quale altronde considera positivamente tale obbligazione come *divisibile*; ed in simil modo puranche opina Pothier (n.° 296) secondo Molineo.

La l. 7, § 1, ff. *depositi vel contra* (1) dice parimente in materia di deposito che gli eredi del depositario non sono tenuti de' suoi fatti se non per la lor parte ereditaria; lo che prova che l' obbligazione la quale deriva dal deposito si divide eziandio tra gli eredi, abbenchè la cosa depositata fosse un corpo indivisibile, per esempio un quadro; salvo che chi avesse fatto perire la cosa o ne fosse detentore potrebbe essere convenuto per l' intero e condannato per lo intero. Il deposito di un corpo determinato, come un cavallo, un quadro, una vasca, non produce realmente un' obbligazione indivisibile se non riguardo alla restituzione della cosa che non può, egli è vero, farsi in parti, ma ciocchè non impedisce che l' obbligazione si divida *ipso jure* tra gli eredi. L' *individuum obligatione tantum* di Molineo vien appunto dall'art. 1221 c. c. = *1174 ll. cc.* considerato come un caso di obbligazione divisibile, e non è esso risguardato nell'art. 1939 c. c. = *1811 ll. cc.* come indivisibile, se non sotto il rapporto di tale restituzione. Non è in fatti la indivisibilità assoluta, quella definita dall' art. 1217 c. c. = *1170 ll. cc.*, la sola vera, ed alla quale unicamente si applica l' art. 2249 c. c. = *2155 ll. cc.*, almeno secondo la nostra opinione, uniforme del resto alla dottrina degli autori che più approfondirono la materia, come Molineo e Pothier.

Quest' ultimo si esprime così nel suo trattato *delle*

(1) Medesima disposizione nella l. 18 dello stesso titolo.

obbligazioni, n.° 647: « Se il dritto a molti dovuto « sia divisibile *natura aut saltem intellectu*, come « il credito di un determinato fondo, ed il credi- « tore muoia lasciando molti eredi, alcuni maggiori, « altri minori, la età minore di questi ultimi, du- « rante la quale si sospende il corso della prescri- « zione, non impedirà che la prescrizione decorra « contra i maggiori. Egli è diverso nel caso *di un* « *dritto di servitù* ».

Or ciocchè dice Pothier che nel caso di un credito divisibile *natura aut saltem intellectu*, quegli eredi del creditore che non avranno interrotto la prescrizione saranno decaduti dal loro dritto, si applica ugualmente in senso inverso, cioè che quegli eredi del debitore contra i quali non sarà stata interrotta la prescrizione verranno liberati. La regola è la stessa; è sempre un' obbligazione divisibile *jure inter coheredes*, abbenchè la consegnazione, il rilascio o la restituzione della cosa sia indivisibile, per ragione della impossibilità di dividere la cosa senza che ne sia distrutta la sostanza. Ma circa alla prescrizione, noi non consideriamo che il dritto nella cosa; or tal diritto è divisibile, poichè può appartenere a molti per parti anche ineguali: dunque se ne concepisce la divisione coll'intelletto; dunque l'art. 1217 c. c. = *1170 ll. cc.* lo esclude dal numero delle cose indivisibili propriamente parlando; secondo la definizione che esso porge dell' indivisibilità.

§ II.

Degli effetti dell' obbligazione divisibile.

SOMMARIO.

268. *L' obbligazione tra il creditore ed il debitore debb' essere eseguita come se fosse indivisibile.*

269. *Ma l' obbligazione si divide di pieno dritto tra i loro eredi, i quali non possono dimandarne il pagamento, o non sono tenuti a pagarla se non per le porzioni di cui trovansi impossessati come rappresentanti dell' uno o dell' altro.*

270. *Il Codice seguì in ciò le regole del dritto romano, adottate puranche generalmente nell' antica giurisprudenza francese.*

271. *Obbiezioni fatte contra tale dottrina, e risposta alle obbiezioni.*

272. *L' accettazione della eredità col beneficio dell' inventario non modifica l' applicazione della regola.*

273. *Esempio della divisione tra gli eredi del creditore e tra quelli del debitore, per effetto della morte dell' uno e dell' altro.*

274. *Ordinariamente si evita tale smembramento cogli atti di divisione, ma senza pregiudizio del dritto de' terzi. Con ciò si operano soltanto cessioni di azione, o mandati di pagare; conseguenze.*

275. *Se la riunione nella medesima mano delle parti del debito o del credito, faccia cessare la facoltà di pagarlo in parti, o di esigerne il pagamento senza divisione; e qual sarebbe l' effetto dello scioglimento affermativo.*

276. *Eccezione che soffre tra gli eredi del debitore la regola della divisione: testo dell' art. 1221 c. c.*

277. Prima eccezione: quando il debito sia ipotecario. *Spiegazione degli effetti generali dell' ipoteca riguardo agli eredi detentori d' immobili soggetti al debito.*

278. *Regresso dell' erede il quale per effetto dell' ipoteca pagò più della sua parte nel debito.*

279. *La porzione degl' insolvibili nel debito ipotecario si ripartisce* pro rata *fra tutti coloro che sono solvibili.*

280. *Le medesime regole sono applicabili al caso in cui il debito fosse garentito da un pegno propriamente detto.*

281. Seconda eccezione: quando si debba un corpo determinato. *L' erede detentore può essere convenuto per lo intero, e gli altri per la loro parte ereditaria nei danni ed interessi, se ne siano dovuti.*

282. *Differenti cause per le quali il defunto poteva essere convenuto a ragione di un corpo determinato.*

283. *Caso in cui ne era semplicemente possessore.*

284. *Caso in cui l' aveva ricevuto in deposito, a comodato o ad altro titolo precario.*

285. *E finalmente caso in cui ne era debitore per vendita o altra promessa.*

286. *Allorchè il debito sia di una cosa indeterminata, il caso va tra quelli compresi nella quinta eccezione che qui appresso esporremo.*

287. *Se sia di un dato numero di cose della medesima specie, la divisione in generale ha luogo numeralmente; conseguenza.*

288. *Ciascuno degli eredi del creditore di un corpo determinato non può prima della divisione dimandare che la sua porzione nella cosa; dopo la divisione l' azione nel nostro dritto ha luogo per lo intero a vantaggio di quello a cui la cosa è spettata.*

289. Terza eccezione: quando si tratti del debito alternativo di cose a scelta del creditore, una delle quali sia indivisibile; *insignificanza ed anche vizio di tale disposizione come è conceputa.*

290. *Il caso di obbligazione alternativa di cose anche divisibili, ed a scelta del debitore, è la vera eccezione alla regola che l' obbligazione divisibile può adempiersi in parti: diversi esempj.*

291. Quarta eccezione: quando un solo degli eredi sia in forza del titolo incaricato dell'adempimento dell' obbligazione. *L' erede, secondo il Codice, può essere convenuto per lo intero, salvo il suo regresso contra i coeredi.*

292. *Un testatore può incaricare un solo de' suoi eredi di soddisfare il tale o tal altro legato; effetti di questa disposizione.*

293. *Può eziandio incaricare uno de' suoi eredi di soddisfare il tale o tal altro debito; effetti di questo incarico.*

294. *Un debitore può puranche obbligandosi incaricare uno de' suoi futuri eredi di eseguire l' obbligazione.*

295. *Ma non può incaricarnelo senza regresso contra i coeredi, se non usa la forma de' testamenti.*

296. *Dritto romano ed antica giurisprudenza sull' effetto della convenzione mediante la quale il debitore incarica uno de' suoi eredi di pagare il debito per una parte maggiore della sua quota ereditaria.*

297. *Quale sia tal effetto vigente il Codice civile; discussione.*

298. Quinta eccezione: quando o dalla natura della obbligazione, o dalla cosa che ne forma l' oggetto, o dal fine che si è avuto di mira nel contratto, risulti essere stata intenzione de' contraenti che il debito non possa soddisfarsi partitamente: *in questi casi, ciascuno degli eredi, dice il Codice, può essere convenuto per lo intero, salvo il suo regresso.*

299. *Contrarietà di questa disposizione con altre negli effetti, come emergono dal Codice medesimo; differenti casi.*

300. *Continuazione della difficoltà di conciliarla coll' art. 1217 e 1225 c. c. insiem combinati.*

301. *Soluzione secondo il parere dell' autore.*

268. L'obbligazione, abbenchè capace di divisione tra il creditore ed il debitore, si debbe eseguire come se fosse indivisibile (art. 1220 c. c. = *1173 ll. cc.*); salvo che se il debito sia pagabile in diversi tempi, si esegue la convenzione; giacchè allora vi sono per così dire tanti debiti quanti pagamenti da farsi; per cui la prescrizione decorrerebbe a contare dalla scadenza di ciascun termine per ciocchè fosse allora esigibile.

269. Ma riguardo agli eredi, sia del creditore sia del debitore, l'obbligazione divisibile si divide *ipso jure* tra essi, come parecchie fiate avemmo già occasione di dimostrarlo, specialmente nel titolo *delle Successioni*, trattando del pagamento de'debiti, tomo VII, cap. VI, sez. IV. In guisa che per regola ciascuno degli eredi del creditore non può dimandare il pagamento del credito se non per la porzione di cui è impossessato come rappresentante del defunto, e ciascuno degli eredi del debitore non può essere convenuto pel pagamento del debito, se non per la sua parte creditaria.

I legatarj universali o a titolo universale sono ugualmente tenuti de' debiti, al pari che i donatarj di tutti o parte de' beni che il donante lascerà a morte sua; ma essendosi spiegato nei titoli *delle successioni e delle donazioni e de' testamenti* tuttociò che riguarda gli uni e gli altri, noi non ritorneremo su tal punto. Parleremo, come l'art. 1220 e seguente c. c. = *1173 ll. cc.*, della divisione de' debiti tra gli *eredi:* la qual parola qui è presa *lato sensu* per significare i successori a titolo universale.

270. Il Codice civile seguì la dottrina del diritto romano, come fu stabilito dalla legge delle dodici tavole (1), perchè sembrò giusto che chi succede soltanto per una parte, sia al creditore sia al debitore, non si reputi di rappresentarlo, per isperimentare i suoi dritti contra i terzi, o per pagare i suoi debiti, se non per una parte proporzionata a quella che prende nella sua eredità.

Seguivasi puranche generalmente tale dottrina nei nostri paesi di dritto consuetudinario, eccettuate nondimeno talune consuetudini, come quelle di Normandia, dell' Artois e d' Amiens, in cui gli eredi erano tenuti solidalmente de' debiti del defunto, anche in materia meramente personale (2), salvo gli effetti del beneficio dell' inventario e salvo il regres-

(1) *V.* la l. 25, § 13, ff. *familiæ erciscundæ;* l. 6, Cod. *eod. tit.;* ll. 1 e 2, Cod. *si unus ex pluribus hered.;* l. 1, Cod. *si certum petat.;* l. 2, Cod. *de hered. act.*

(2) *V.* Denisart, v. *azione.*

so. Ma nella consuetudine di Parigi (art. 332), la cui disposizione su tal punto formava il dritto comune in Francia, si osservava esattamente la regola del dritto romano riguardante la divisione de'debiti tra gli eredi del debitore; in modo che l'insolvibilità di uno d'essi non era sopportata dagli altri, come avviene nel caso in cui il debito sia solidale tra molti debitori, e come avvien puranche tra gli eredi medesimi per effetto della ipoteca (art. 876 c. c. = *796 ll. cc.*); ma sopportavasi dal creditore.

271. Spesso si oppose a questa dottrina di essere contraria ai dritti de' creditori, in quanto che gli obbliga a moltiplicare le loro dimande, a ricevere pagamenti parziali, e specialmente in quanto che gli espone a perdite nel caso in cui il tale o tal altro erede del debitore divenga insolvibile. Si sostenne che in siffatto caso gli altri eredi, oltre la loro parte nel debito, dovrebbero esser tenuti puranche a pagare quella del coerede insolvibile, sino alla concorrente quantità almeno di ciocchè lor rimane dei beni del defunto, attesochè questi non potè trasmettere loro alcuna cosa finchè non era liberato, secondo l'assioma *bona non intelliguntur, nisi ære alieno deducto.* Imperocchè colui il quale lascia 40, 000 fr. di beni, per esempio, ma 20,000 fr. di debiti, non lascia in realtà che 20, 000 fr.; e nondimeno mediante la divisione de'beni e la divisione de' debiti, se vi sieno quattro eredi ed uno di essi divenga insolvibile prima di aver pagato la sua por-

zione, 5,000 fr. saranno perduti pei creditori (1), mentrechè gli altri eredi avranno ancora 15,000 fr. dai beni del defunto, dedotti 15,000 fr. di debiti da essi sopportati. Or, si disse, il defunto sarebbe stato obbligato di pagare la totalità delle sue obbligazioni sopra tutti i suoi beni di qualunque specie, presenti e futuri (art. 2092 c. c. = *1962 ll. cc.*), e la sua morte non dovè nuocere ai suoi creditori: nondimeno essa lor nuoce evidentemente.

Ma puossi rispondere che indipendentemente dacchè costoro nelle obbligazioni convenzionali potevano ricercare una sicurezza in qualche pegno, ipoteca, o cauzione, le leggi medesime invigilarono sui loro interessi; accordando ad essi il dritto di dimandare la separazione del patrimonio del loro debitore da quello dell' erede di cui sospettano la solvibilità (art. 878 c. c. = *798 ll. cc.*), a fin d' impedire con tal mezzo il concorso con essi sui beni della successione de'creditori personali di questo erede. Essi possono arrestare la sua porzione nelle cose ereditarie, ed a tal uopo produrre opposizione perchè si proceda alla divisione senza il loro intervento; art. 882 c. c. = *802 ll. cc.* E secondo l' art. 2111 c. c. = *1997 ll. cc.*, mediante la separazione de' patrimonj hanno essi un privilegio sopra gl' immobili ereditarj, colle iscrizioni prese sopra ciascuno di quest' immobili entro i sei mesi dalla morte; l' effetto indivisibile del quale privilegio sarà, se i detti im-

(1) *V.* tomo VII, n.° 444 e seguenti.

mobili sieno bastanti, di far ricadere interamente sopra coloro che ne saranno detentori, la perdita risultante dalla insolvibilità di qualche coerede, come nel caso in cui il debito sia ipotecario; art. 876 c. c. = *796 ll. cc.* Imperocchè se, giusta l'art. 1017 c. c. = *971 ll. cc.*, gli eredi o altri debitori di un legato ne sono tenuti ipotecariamente per lo intero fino alla concorrenza del valore degl' immobili ereditarj de' quali sono detentori (1), viemaggiormente debb' essere lo stesso rispetto ai debiti. Altronde questo art. 2111 c. c. = *1997 ll. cc.* autorizza positivamente i creditori del pari che i legatarj ad inscriversi sopra *ciascuno* immobile ereditario; e la divisione che ha luogo posteriormente non può avere per risultamento di liberare, in mano del tale o tal altro erede nella cui porzione sono caduti immobili e che ha pagato la sua parte nel debito, quei medesimi immobili dall' ipoteca cui sono soggetti puranche per la parte del coerede in questo debito, poichè è sempre un debito del defunto. Diversamente sarebbe se fossero sottoposti ad ipoteca pel debito personale dell'erede: allora l'art. 883 c. c. = *803 ll. cc.* proteggerebbe il coerede a cui sono spettati in virtù della divisione.

Col mezzo dunque delle diverse cautele che i creditori potevano dimandare al debitore e di quelle che la legge medesima accordò loro, sarà generalmente colpa loro se mai van soggetti a perdite. La

(1) *V.* tomo IX, n.° 384 e seguenti.

divisione de' debiti, non avendo in tal modo l'inconveniente che si è opposto, ed il quale è il più grave che si possa mai rimproverare a tal sistema, non più presenta che una regola giusta e ragionevole, attesochè chi non raccoglie se non una porzione de'beni non deve sopportar pure che una porzione corrispondente de'debiti, giacchè soltanto questa parte diminuisce la prima.

272. L'accettazione della eredità col beneficio dell' inventario fatta da qualcuno degli eredi del debitore o del creditore, o da tutti, non modifica per nulla la regola; donde emerge che uno degli eredi del debitore il quale ha accettato col beneficio dell' inventario e che ha pagato o offerto di pagare la sua parte nei debiti, non può esser tenuto di pagar puranche quelli del suo coerede sino alla concorrente quantità che gli rimane de'beni della successione; in conseguenza non può essere astretto dai creditori a rendere ad essi conto dell' inventario. Tanto fu giudicato con ragione dalla Corte suprema con arresto di cassazione del 22 luglio 1811 (*Sirey*, 12, 1, 305), che noi già citammo nel tomo VII, n.° 41. In fatti essendo il beneficio dell' inventario interamente a favore dell'erede che ne usa, non deve arrecare alcun pregiudizio alla regola della divisione de' debiti, stabilita puranche a favore degli eredi in generale.

273. Così, supponendo una obbligazione di 16,000 franchi, se il creditore lasci quattro eredi per uguali porzioni, ciascun di essi succede al credito per

4,000 franchi; e se il debitore muoia posteriormente senz'averla soddisfatta, e lasciando eziandio quattro eredi in uguali porzioni, ciascun di essi è debitore di 4,000 franchi: e deve questi 4,000 fr. ai quattro eredi del creditore, cioè 1,000 franchi a ciascuno; in guisa che il debito si trova ora diviso in sedici parti (1).

274. Colle divisioni o altre convenzioni si evita ordinariamente questo smembramento di debiti e crediti, che non è senza incomodo, come dice la legge 3, ff. *familiæ erciscundæ*. Si conviene che il tale erede pagherà la totalità del tal debito, ed il tal altro erede la totalità di un altro debito. Si pone nella quota di uno degli eredi il tale credito, e si assegna un altro credito del medesimo valore o presso a poco ad un altro erede. Ed anche colla mira di evitare siffatto smembramento de' crediti ereditarj l'art. 832 c. c.=*751 ll. cc.* dice che nella composizione delle quote deesi fare in modo che entri, se è possibile, la medesima quantità di mobili, d'immobili, di *dritti o di crediti* della stessa specie e dello stesso valore. Ma queste assegnazioni ed attribuzioni non arrecano pregiudizio ai dritti allora acquistati dai terzi, e risultanti dalla divisione legale de' debiti e de' crediti tra gli eredi del debitore o del creditore; esse non producono che mandati di pagare o cessioni di azione, come il dice positivamente questa medesima legge che noi avemmo già più volte occasione di ci-

(1) Pothier, *delle Obbligazioni*, n.° 318.

*

tare su tal punto (1). Donde segue che non ostante tutti gli accordi intervenuti fra le parti nella divisione o altro atto, che incaricassero uno degli eredi del debitore di soddisfare per intero un dato debito, il creditore non potrà meno dimandare agli altri la lor parte in questo debito; imperocchè tale accordo è a suo riguardo *res inter alios acta*, *quæ aliis nec nocet*, *nec prodest*. E *vice versa* se il debitore della eredità fosse nel medesimo tempo creditore di uno degli eredi, e mediante accordi fatti di poi tra i medesimi l'intero credito fosse dato ad un altro erede, tal debitore non potrebbe oppor meno a quest'ultimo la compensazione che avrebbe potuto opporre al proprio debitore, per la costui parte nel credito. Il coerede non sarebbe in fatti che un cessionario della porzione dell'altro in questo medesimo credito: or, giusta l'art. 1295 c. c. = *1249 ll. cc.*, la cessione che non fu accettata non impedisce di opporre al cessionario la compensazione che avrebbe potuto opporre al cedente, per cause anteriori alla notificazione della cessione. Così pure noi opinammo (2) pel caso in cui l'attribuzione era avvenuta mediante atto di divisione della eredità, e le disposizioni degli art. 832 e 883 c. c. = *751 e 803 ll. cc.* insiem combinati non sono contrarie a siffatta opinione; giacchè l'ultimo di questi articoli benchè dica che ciascun erede è riputato solo ed immediato suc-

(1) Nel tomo VII, n. 163, 429 e 529; e tomo X, n.° 337.
(2) Nei luoghi di sopra citati.

cessore in tutti i *beni* componenti la sua quota, o rimasigli all'incanto, e che non abbia giammai avuto la *proprietà* degli altri beni ereditarj, non intende parlare se non di ciocchè forma l'oggetto di una divisione eseguita col fatto dell' uomo, e non di ciocchè vien diviso dalla legge medesima sin dall' istante della morte del creditore. Effettuata che siasi questa legale divisione, ben possono farsi accordi tra gli eredi colla loro divisione o con altro atto, ma ciò per loro privato vantaggio, e senza pregiudizio de' dritti de' terzi come si trovavano al tempo in cui furon fatti questi accordi. L'art. 883 c. c. = *803 ll. cc.* parla dei beni ereditarj e non de' crediti. I motivi che servono di fondamento a questo articolo e che noi spiegammo a loro luogo, sono altronde estranei ai crediti. Or quello di cui si tratta essendo diviso di pieno dritto tra gli eredi del creditore, la porzione che ne apparteneva ad uno d'essi, debitore dal suo canto verso il debitore dell'eredità, si estinse *ipso jure* puranche colla compensazione (art. 1290 c. c. = *1244 ll. cc.*); per conseguenza non si potè far rivivere questa porzione estinta, o con un atto di divisione, o con altro atto. *Plane ad officium judicis nonnunquam pertinet*, dice la precitata legge, *ut debita et credita singulis pro solido aliis alia attribuat, quia sæpe et solutio et executio partium non minima incommoda habet. Nec tamen scilicet hæc attributio illud efficit, ut quis solus totum debeat, vel totum alicui soli debeatur; sed ut sive agendum sit, partim suo, partim procuratorio no-*

mine agat; sive cum eo agatur, partim suo, partim procuratorio nomine conveniatur. Nam licet libera potestas esse maneat creditoribus cum singulis experiundi, tamen et his potestas est suo loco substituendi eos, in quos onera actionis officio judicis translata sunt. . . . . . E poichè nella nostra del pari che nella romana legislazione i crediti ed i debiti si dividono *ipso jure* tra gli eredi del creditore o del debitore in proporzione delle loro parti ereditarie (art. 1220 c. c.=*1173 ll. cc.*), il risultamento dev'essere lo stesso, non ostante l'art. 883 c. c.=*803 ll. cc.* il quale, ripetiamolo pure, non si applica se non a tuttociò che forma l'oggetto delle divisioni, e non ai crediti ed ai debiti, che son divisi dalla legge medesima: *Ea quæ in nominibus sunt, non recipiunt divisionem, cum ipso jure in portiones hereditarias ex lege XII tabularum divisa sunt* (1); l. 6, Cod. *famil. ercisc.* La dottrina contraria altronde darebbe luogo a frodi.

275. Tuttavolta Pothier (2) dice, secondo Molineo, che la riunione delle porzioni degli eredi del creditore in una sola mano, come quando un di essi divenga erede di tutti gli altri, o quando si renda

(1) *Sic autem habebat* Lex XII tabul.: NOMINA INTER HEREDES PRO PORTIONIBUS HEREDITARIIS ERCTACITA SUNTO: COETERARUM RERUM, SI VOLENT ERCTUMCITUM FACIUNTO: PRÆTOR ADERCTUM CIENDUM (cioè per dividere) ARBITROS TRES DATO; *Tab. 5, apud Jac. Gothof.*

(2) N.° 319 e seguenti. *V.* puranche Monvallon, *delle Successioni*, cap. 3, art. 47.

cessionario delle loro porzioni, fa cessare il diritto pel debitore di pagare il debito per parti; e che la riunione delle porzioni degli eredi del debitore in persona di un di essi che succedette a tutti gli altri, fa cessare ugualmente in questo erede la facoltà di pagare il debito per parti, ammenochè non abbia accettato le eredità de' predefunti se non col beneficio dell' inventario; che in verità avvien diversamente in ambedue i casi, allorchè l'obbligazione era in origine contratta a vantaggio di molti o da molti senza solidalità, perchè allora vi sono tanti crediti o debiti quante persone stipularono o promisero; mentrechè a parer suo un credito o un debito diviso tra eredi non è sempre che un medesimo credito o un medesimo debito (1). La divisione operata tra gli eredi del creditore, egli dice, è tutta nel loro interesse, perchè loro importa di ricevere ciascuno direttamente la sua parte nel debito, e per conseguenza possono essi rinunziarvi; similmente la divisibilità tra gli eredi del debitore è tutta a loro favore, perchè hanno interesse di liberarsi separatamente: ma quando questi diversi interessi cessano di esistere, la divisibilità deve ugualmente cessare di aver luogo, attesochè non era intrinseca all'ob-

(1) Questo autore cita su tal proposito la l. 9, ff. *de pactis* ove è detto che in una convenzione da farsi con un debitore per accordargli rimessione di parte dei debiti, o dilazioni per lo pagamento, i creditori solidali non hanno che un solo voto perchè il loro credito non è che *unum debitum*. Ma ciò è ben differente da un'obbligazione divisa dalla legge medesima tra i diversi eredi del creditore o del debitore.

bligazione; risultava soltanto da una circostanza che non più sussiste, la moltiplicità delle persone che avevano dritto all'obbligazione o che eran tenute a soddisfarla. Or *cessante causa, cessat effectus.* Del resto Pothier ben riconosce in altro luogo che gli accordi intervenuti tra gli eredi del debitore, anche nella divisione dell' eredità, e coi quali ponessero a carico di uno di essi il pagamento di un dato debito, non impedirebbero al creditore di convenir gli altri per la loro porzione ereditaria in questo debito. Ciò è tanto evidente, che sarebbe superflua qualunque dimostrazione.

Ma ammettendo ciocchè dice questo autore, che la riunione delle porzioni del debito o del credito nella mano medesima deve far cessare la facoltà di pagarla in parti, o dare il dritto di chiedere che ne sia fatto il pagamento senza divisione; ammettendo, diciamo, che tale dottrina fosse fondata sui veri principj, non dovrebbe applicarsi che con questa modificazione: che i dritti acquistati dai terzi, per effetto della divisione, non ne debbano soffrire alcuna lesione, specialmente nel caso in cui la compensazione si fosse operata tra il debitore della successione ed un erede del creditore, prima che questo erede avesse *acquistato* colla divisione dell'eredità, o con una particolare cessione fatta da'suoi coeredi, le costoro porzioni nel credito; imperocchè in questo caso tal credito si estinse per la parte dell' erede debitore dal suo canto, e si estinse *ipso ju-*

re: per cui non potè rivivere in danno del debitore ereditario.

Del resto faremo osservare che Pothier ragiona nella ipotesi in cui questa parte sussista ancora; ei suppone eziandio che il credito sussiste per intero. Nella quistione ch' ci discute non si tratta che del modo di effettuarne il pagamento. Vero è che questo autore si fonda sul motivo di esser sempre, a creder suo, il medesimo credito, *unum debitum*, e che la divisione cessò di produrre i suoi effetti col cessar della causa che aveva prodotto la divisione. Ma non bisogna conchiudere da ciò, e contra la nostra opinione, che l' erede il quale anche colla divisione dell' eredità, o con un particolare atto di cessione, non gode presentemente alcuna parte nel credito, non abbia sofferto per lo stesso motivo alcuna compensazione, e per conseguenza che il suo coerede al quale attualmente esso appartiene per intero non sia obbligato di soffrirne da parte sua. Noi non sapremmo adottare tal modo di vedere. Si dica pure che il debito fu diviso: esso si convertì in tanti debiti quante persone succedettero al creditore o al debitore. La l. 3, ff. *familiæ erciscundæ* lo dice positivamente; e Pothier invocando la l. 9, ff. *de pactis*, per provare il contrario, trae argomento da un testo estraneo alla quistione. Niuno dubita infatti che i diversi creditori solidali di una medesima obbligazione non dovessero avere che un solo voto in un accordo da farsi col debitore, perchè non avvi effettivamente che un debito, *unum debitum:* ed

unicamente di ciò si tratta in questo testo. In fatti non avvi in tal caso divisione; per cui ciascuno dei creditori può dimandare l'intero. Al contrario nella specie di un individuo il quale lasciò molti eredi, il suo credito si divise tra questi ultimi, e ciascun di essi non vi ha dritto che per la sua parte, e non può dimandare che la sua parte (art. 1220 c. c. = *1173 ll. cc.*): egli non è creditore che di ciò, ma ne è però creditore. Non avvi dunque alcuna somiglianza col caso della legge citata da Pothier: per cui non facciamo il menomo dubbio che ciascuno di questi eredi avesse un voto separato nell'accordo che intervenisse col debitore; ed incontrastabilmente sarebbe stato così nel dritto romano.

Sì certamente, la legge volle nell'interesse degli eredi che i crediti ed i debiti si dividano tra essi, allorchè sieno divisibili; ma stabilita che siasi questa regola, non debbonsene rigettare le conseguenze in danno de' terzi. Tale divisione non è una semplice facoltà di cui gli eredi possono oppur no far uso, come se richiedesse all'uopo una dichiarazione della loro volontà, ma è di dritto; lo che rende inapplicabile il principale ragionamento di Pothier. Imperocchè altro è una semplice facoltà, che ha bisogno di una manifestazione della volontà dell'uomo per essere esercitata, ed altro una positiva disposizione della legge che stabilisce un principio e che ne deduce le conseguenze e gli effetti. Laonde neppure adottiamo l'opinione di quest'autore riguardo alla cessazione, a creder suo, del dritto pel de-

bitore di pagar in parti il credito che si trova per successione o altrimenti in mano di un solo degli eredi del creditore: egli ebbe tal dritto, ed avvenimenti a lui estranei non han potuto toglierglielo. Le offerte che avrebbe potuto far validamente ieri per una data parte del debito, può farle oggi. Tal'è almeno la nostra opinione, salvo al creditore il dritto di convenirlo per le altre porzioni. Ciò neanche avrebbe formato dubbio nel dritto romano; per cui gli autori di un'opinione contraria non citano in appoggio del loro parere se non un testo che noi abbiam dimostrato non essere applicabile alla quistione, mentrechè ne citiamo uno positivo.

276. Ecco quanto riguarda i casi ordinarj, quelli in cui il debito si divide, senza modificazione, tra gli eredi, sia del creditore sia del debitore, in ragione delle loro porzioni ereditarie.

Ma la regola riceve molte eccezioni per ciocchè concerne gli eredi del debitore. Queste eccezioni sono contenute nell'art. 1221 c. c. = *1174 ll. cc.*, così conceputo:

« Il principio stabilito nel precedente articolo è « soggetto ad eccezione, riguardo agli eredi del « debitore:

« 1.° quando il debito sia ipotecario;

« 2.° quando si debba un corpo determinato;

« 3.° quando si tratti di debito alternativo di « cose a scelta del creditore, delle quali una sia « indivisibile;

« 4.° quando un solo degli eredi sia in forza del

« titolo incaricato dell' adempimento dell' obbliga-
« zione ;

« 5.° quando o dalla natura dell' obbligazione ,
« o dalla cosa che ne forma l' oggetto, o dal fine
« che si è avuto di mira nel contratto, risulti es-
« sere stata intenzione de' contraenti, che il debito
« non possa soddisfarsi partitamente.

« Nei primi tre casi l' erede che possiede la cosa
« dovuta o il fondo ipotecato, può essere convenuto
« per l' intero sulla cosa o sul fondo, salvo il re-
« gresso contra i suoi coeredi. Nel quarto caso l'ere-
« de ch' è solo incaricato del debito, e nel quinto
« caso ciascun erede può essere convenuto per l'in-
« tero; salvo il regresso contra gli altri coeredi. »

Esaminiamo particolarmente ciascuna di queste eccezioni; ma osserviamo in prima che si applicano agli eredi del debitore soltanto, come altronde lo dice l' articolo medesimo. Riguardo agli eredi del creditore, il principio della divisione del credito tra essi, come vien stabilito dall'art. 1220 c. c. = *1173 ll. cc.*, riceve la sua applicazione anche in questi casi; salvo quanto diremo su quello in cui il debito sia di un corpo determinato ch' è spettato colla divisione della eredità ad uno o a molti degli eredi solamente.

Prima eccezione : *quando il debito sia ipotecario.*

277. L' ipoteca è di sua natura indivisibile; e sussiste per intero sopra tutti gl' immobili che si sono

obbligati, sopra ciascuno di tali immobili, e sopra ogni parte di essi (a).

È inerente ai beni, ancorchè passino in altre mani; art. 2114 c. c. = *2000 ll. cc.*

Da ciò emerge che fino a quando rimane a darsi qualche cosa del credito, l'ipoteca sussiste per questo residuo sopra tutti gl' immobili che ne furono obbligati, ammenochè tuttavia non siasi convenuto che quantevolte il debito fosse pagato in parte, per esempio per metà, il tale degl' immobili verrebbe liberato dall'ipoteca; imperocchè questo dritto non è *essenzialmente* indivisibile: è soltanto tale di sua *natura*, ciocchè permette per conseguenza di modificarne gli effetti mediante particolari convenzioni.

L' erede nella cui quota è spettato l'immobile o gl' immobili ipotecati al debito, o una porzione qualunque di questi immobili, e che ne sia ancora detentore, può dunque essere convenuto per l'intero debito coll'azione ipotecaria; ma pagando la sua parte o offrendo regolarmente di pagarla, può liberarsi da quest' azione col rilascio degl'immobili gra-

(a) Anche oggi appresso noi l' ipoteca nascente dai legati è indivisibile, siccome si vede disposto negli articoli 971 e 1997 delle leggi civili, dappoichè per la legge *1, Cod. communia de legat.* di Giustiniano, i più valevoli scrittori opinavano, poggiandosi alle parole *in tantum*, che tale specie d' ipoteca era divisibile, e che quindi gli eredi non fossero tenuti all' azione ipotecaria che per la porzione alla quale poteano essere obbligati con azione personale. Si osservi il volume nono n.° 384, e 'l volume vigesimo, n.° 215 e seguenti, e Merlin, *Repertorio*, alla parola *legatario*, § *VI n.° 14.* Trad.

vati (1), perchè allora non è più che un semplice detentore, ed un detentore non obbligato personalmente al debito, e capace altronde di alienare, può liberarsi con tal mezzo dall'azione ipotecaria; art. 2172 c. c. = *2066 ll. cc.*

E se avesse alienato gl'immobili obbligati all'ipoteca, il creditore non potrebbe più convenirlo se non coll'azione personale, e per la sua parte soltanto nel debito, supponendo ancora che non l'avesse pagato; imperocchè l'ipoteca non rende indivisibile l'obbligazione; art. 2249 c. c. = *2155 ll. cc.* Non si potrebbe applicare a lui del pari che a chiunque altro nel medesimo caso la massima *qui dolo desiit possidere, pro possessore habetur*, per conchiudere che avendo potuto esser convenuto per un certo tempo coll'azione ipotecaria per lo intero, come detentore di tutti o parte de' beni soggetti all'ipoteca, dev'esserlo ancora dopo l'alienazione da lui fattane; egli aveva la facoltà di alienarli come qualunque altro detentore, come il suo autore medesimo, attesochè il dritto del creditore non n'è diminuito, potendo esercitarsi contra l'attuale detentore; art. 2166 e seg. c. c. = *2060 ll. cc.* L'ipoteca, come la rivendicazione, *non obligat personam, sed tantum rem sequitur;* l. 2, Cod. *si unus ex plurib. hered.*

Prima della divisione della eredità, siccome ciascun erede ha un dritto di comproprietà in ogni

(1) L. 2, Cod. *si unus ex pluribus hered.*

immobile ipotecato al debito, egli è per lo stesso motivo detentore di una porzione, e per conseguenza può essere convenuto ipotecariamente per lo intero, o per ciocchè restasse dovendo del credito se un coerede ne avesse pagato la sua parte. È questa una conseguenza dell' indivisibilità dell' effetto dell' ipoteca. Ma l' erede convenuto pagando la sua quota nel debito, e facendo l' abbandono della sua porzione negl'immobili, come ne avrebbe il dritto puranche in questo caso, si libererebbe dagli effetti dell' azione ipotecaria.

278. L' erede il quale in forza d' ipoteca ha pagato oltre la sua parte nel debito, ha il suo regresso contra gli altri coeredi o successori a titolo universale per la parte che ciascun di essi deve personalmente sostenere; ma non può convenire alcuno d' essi oltre la sua quota, quando anche siasi fatto surrogare nei dritti del creditore, senza pregiudizio nondimeno delle ragioni di un coerede il quale in forza del beneficio dell' inventario abbia conservato la facoltà di ripetere, come qualunque altro creditore, il pagamento del suo credito personale; art. 875 c. c. = *795 ll. cc.*

Tuttociò fu da noi estesamente spiegato nel tomo VII, n.° 445 e seguenti, ove facciamo osservare che nell' art. 875 si suppone che altri eredi sieno puranche detentori d'immobili ipotecati al medesimo debito, lo che avrebbe potuto dar luogo a credere che l' erede il quale per effetto dell'ipoteca ha pagato oltre la sua parte, e che si trova surrogato

ai dritti del creditore, potesse convenirli ipotecariamente per lo intero, meno la sua porzione, salvo il regresso di costoro contro degli altri. Imperocchè è chiaro che quante volte un coerede non è detentore d'immobili obbligati per lo pagamento del debito, l'azione del creditore contra di lui è semplicemente l'azione personale, per la porzione ereditaria di tal coerede in questo debito; e pel medesimo motivo la surrogazione ai dritti del creditore non ne poteva estendere la misura: d'onde emerge che sarebbe stato inutile il dire che il regresso dell'erede il quale pagò oltre la sua parte per effetto dell'ipoteca, non ha luogo contra ciascuno degli altri se non per la sua porzione ereditaria, ancorchè vi fosse surrogazione convenzionale: ciò era naturale.

279. Se fra gli eredi o successori a titolo universale, vi sia alcuno insolvibile, la costui tangente nel debito ipotecario è ripartita sopra tutti gli altri proporzionatamente; art. 876 c. c. = *796 ll. cc.* E ciò affinchè sia conservata l'uguaglianza fra i coeredi. Al contrario se si trattasse di un debito semplice ed ordinario, la perdita risultante dall'insolvibilità di uno de' coeredi sarebbe sopportata, non dai suoi coeredi, ma sibbene dal creditore, il quale dovrebbe imputare a sè stesso di non aver usato tutti i mezzi conservativi dalla legge posti a sua disposizione.

280. Quanto abbian detto dell'ipoteca si applica al caso in cui il creditore abbia un privilegio

propriamente chiamato: per cui l'erede il quale ha pagato la sua parte in un debito garantito da un pegno, non può dimandare la restituzione della sua parte del pegno sino a che non sia interamente soddisfatto il debito (art. 2083 c. c. = *1953 ll. cc.*), ammettendo ancora che tal pegno fosse capace di divisione materiale, come sarebbe una certa quantità di mercanzie. E vicendevolmente l'erede del creditore, che ha esatto la sua parte del credito, non può restituire il pegno in pregiudizio de' suoi coeredi non ancora soddisfatti; *ibid.*

Seconda eccezione: *quando il debito è di un corpo determinato.*

281. Il debito di un corpo determinato è generalmente divisibile; per cui l'art. 1221 c. c. = *1174 ll. cc.* che parla di tal caso è messo sotto la rubrica: *Degli effetti della obbligazione divisibile.* Ma circa all'esecuzione o al pagamento, ha gli effetti dell'obbligazione indivisibile rispetto a quell'erede ch'è detentore della cosa, in quanto che questo erede può essere convenuto per lo intero, e dev'essere puranche condannato per lo intero, come avendo egli solo il mezzo di rilasciare la cosa.

A tal fine convien dunque supporre che la cosa era ancora in possesso del defunto al tempo di sua morte, poichè se già più non vi era, la regola della divisione del debito riceverebbe la sua applicazione senza modificazione alcuna, attesochè allora l'ob-

bligazione più non consisteva che nei danni ed interessi, ammettendo ancora che ne fossero dovuti, perchè la cosa aveva cessato di poter essere consegnata per colpa del defunto, o era perita dopo che fu egli costituito in mora. E questi danni ed interessi si dividerebbero tra tutti gli eredi in proporzione della lor parte ereditaria: ciascun di essi non potrebbe essere convenuto oltre questa parte. Quindi l'art. 1221 c. c. = *1174 ll. cc.* suppone che la cosa dovuta era nel possesso del defunto, poichè parla nella ipotesi in cui uno de' suoi eredi ne sia detentore. In tale supposizione adunque noi ragioneremo dapprima.

282. Riguardo ad un corpo determinato, il defunto poteva esser tenuto a differenti azioni, secondo i diversi casi nei quali si trovava.

1.° Poteva esser soggetto ad un'azione per rivendicazione, come semplice detentore o possessore di un oggetto, mobile o immobile, che apparteneva altrui, e che aveva ricevuto da un individuo non proprietario, senza averne ancora acquistato la proprietà colla prescrizione, o in altro modo.

2.° Poteva aver ricevuto quest'oggetto a titolo di deposito o di prestito, di affitto o di pegno, ec., ed in tali casi era soggetto ad una doppia azione: all'azione personale per restituzione, risultante dalla specie di contratto che aveva avuto luogo; ed all'azione per rivendicazione inerente alla proprietà.

3.° Poteva essere semplicemente debitore della cosa per promessa, vendita, donazione, legato o altro titolo.

283. Nel primo caso l'azione del creditore, anticamente del pari che ora, non poteva esercitarsi se non contra l'erede detentore della cosa, nella cui quota questa cosa era stata compresa, salvo a lui il dritto di regresso contra i suoi coeredi. Non avrebbe potuto esercitarsi contra gli altri, anche per la loro parte ereditaria, attesochè il defunto non era obbligato personalmente: *vindicatio rei non personam obligat, sed rem sequitur* (1). Sarebbe stato diversamente, e'l sarebbe ancora oggidì, se il defunto avesse cessato di possedere la cosa per dolo, perchè allora veniva considerato come se fosse tuttavia possessore, e come tale andava soggetto all'azione del creditore (2): la sua obbligazione di pagare i danni ed interessi si sarebbe trasmessa nella persona de'suoi eredi, e ciascun di essi avrebbe potuto e potrebbe ancora essere convenuto, ma per la sua parte soltanto.

Se essendo la cosa nei beni del defunto, non ancora si fosse fatta la divisione della sua eredità, il proprietario avrebbe l'azione di rivendicazione contra tutti gli eredi, perchè tutti sarebbero detentori, ma non l'avrebbe contra ciascun di essi se non per la sua parte, perchè ciascuno di essi non possederebbe la cosa che per la sua parte, e non potrebbe restituirla per intero senza il consenso degli altri. L'art. 1672 c. c. = *1518 ll. cc.* somministra un

(1) L. 2, Cod. *si unus ex pluribus hered.*

(2) *Qui dolo desierit possidere, pro possidente damnatur: quia pro possessione dolus est*; l. 131, ff. *de regul. juris*, e l. 150, *eodem tit.*

*

argomento decisivo a favore di tale opinione: esso dice che se il compratore abbia lasciato più eredi, il dritto di ricompra può esercitarsi contro ciascuno per la sua parte, *tanto se il fondo venduto sia ancora indiviso*, quanto se gli eredi l'abbian diviso tra loro: ma se l'eredità si è divisa, e la cosa venduta sia caduta interamente nella porzione di uno degli eredi, l'azione di ricompra si può intentare contra di lui per l'intero.

L'art. 1685 c. c. = *1531 ll. cc.* rende applicabili le stesse regole al caso di rescissione per causa di lesione.

Se dunque nel caso di rivendicazione propriamente detta, il proprietario della cosa non citasse che uno soltanto degli eredi, il quale non avesse creduto opportuno di chiamare i suoi coeredi, la sentenza che condannasse il convenuto a restituire la cosa o a rilasciare il fondo, non avrebbe forza di cosa giudicata rispetto agli altri eredi.

284. Nel secondo caso, quello di deposito; di comodato, ec., in cui l'azione reale e l'azione personale potevano un tempo, come oggidì, sperimentarsi entrambe dalla stessa persona, l'erede detentore della cosa poteva e può tuttavia esser convenuto per la restituzione dell'intero, e gli altri per la loro porzione ereditaria. Se il defunto avesse fatto perire la cosa, o se essa fosse perita dopo che egli era in mora, ciascuno degli eredi poteva e può ancora attualmente essere convenuto per la sua parte, ma soltanto per questa. E se trovandosi la cosa tra i beni del defunto, la divisione della sua eredità non siasi

ancor fatta nel tempo in cui il creditore si propone d'intentare la di lui azione, si applica quanto si disse sul caso in cui il defunto non fosse che un semplice detentore; ed inoltre senza pregiudizio dell' effetto dell' obbligazione personale degli eredi di restituire la cosa, atteso il contratto del loro autore.

Del resto se l' erede detentore della cosa depositata o comodata può essere convenuto per lo intero per effetto dell' azione derivata dal contratto, non deve l' intero nella sua qualità di erede, giacchè l' obbligazione del defunto di restituirla si è divisa tra tutti i suoi eredi; ma per la ragione che avendo egli solo il mezzo di restituirla, non v'è alcun plausibile motivo perchè non sia condannato per lo intero, anche quando non fosse il solo in causa: *Heres ejus qui commodatum accepit, pro ea parte qua heres est, convenitur; nisi forte habuit totius facultatem restituendæ, nec faciat; tunc enim condemnatur in solidum, quia hoc boni judicis arbitrio convenit;* l. 3, § 3, ff. *commod. vel contra.*

« Se questo erede, dice Pothier secondo Molineo, non è tenuto che per la sua parte ereditaria *ex primitiva obligatione depositi vel commodati, quæ dividua est*, è tenuto per lo intero a restituire la cosa che è in suo potere, *ex obligatione accessoria præstandi bonam fidem*, obbligazione indivisibile, *quia bona fides non potest præstari pro parte* (1) ».

---

(1) Molineo, *tract. de dividuis et individuis*, part. 3, n.° 111; Pothier *delle Obbligazioni*, n.° 304.

Come detentore altronde va soggetto alla rivendicazione.

E se la cosa sia perita per colpa dell' erede, o dopo d' essere stato egli costituito in mora, è tenuto per lo intero, ma i suoi coeredi sono liberati, perchè non garantiscono il suo fatto, come sarebbero stati risponsabili di quello del defunto (1).

Tuttavia se si fosse stipulata una penale pel caso in cui la cosa non venisse restituita, la perdita della medesima, abbenchè non fosse stato che il fatto di uno degli eredi, avrebbe obbligato gli altri a pagare la loro parte della penale, salvo il regresso contra chi fosse stato in colpa. La penale avrebbe costituita un' obbligazione secondaria nella persona medesima del defunto, obbligazione condizionale, cioè pel caso d' inesecuzione della prima, sia per suo fatto, sia per quello di qualcuno de'suoi eredi: or questa obbligazione sarebbe passata a costoro. Ciò puranche insegna Molineo, il quale dice che in questo caso i coeredi di quello pel cui fatto la cosa sia perita sono tenuti alla penale per la loro porzione ereditaria *non immediate ex facto et culpa dolosi, sed ejus occasione et tamquam ex eventu conditionis, ex obligatione defuncti, quæ in eos sub ea conditione descendit*; *Molineo*, n.° 440. Tal'è puranche la opinione di Pothier.

Molineo ne attinse il principio dalla l. 44, § 5, ff. *familiæ erciscundæ*, in cui il giureconsulto Paolo

(1) LL. 9 e 10, ff. *depositi vel contra*; l. 17, § 2, ff. *commod.* Molineo, part. 3, numeri 439 e 440. Pothier, n.° 306.

dice: *Si reliqui propter factum unius teneri cœperint, tamquam conditio stipulationis hereditaria extiterit, habebunt familiæ erciscundæ judicium cum eo propter quem commissa sit stipulatio.*

Ed anche fuori il caso della clausola penale, se la cosa fosse perita pel dolo o pel fatto di più eredi, ciascuno di essi sarebbe tenuto della perdita per lo intero: *neq' enim*, dice Molineo, *qui peccavit, ex eo relevari debet, quod peccati habet consortem.* Ma gli altri non sarebbero tenuti di tal fatto: verrebbero liberati come se la cosa fosse perita pel fatto di un terzo.

285. Nella terza ipotesi, quella in cui il corpo determinato fu semplicemente promesso mediante vendita o altro titolo, bisogna oggidì applicare quanto si è detto sul caso di deposito o di comodato; imperocchè vigente il Codice, la proprietà di un corpo determinato appartenente a colui che lo promette e che ha la capacità di alienarlo, si trasferisce di pieno dritto per solo effetto del consenso, senza bisogno di tradizione; art. 711, 938, 1138 e 1583 c. c. = *632, 862, 1092 e 1428 ll. cc.* Donde emerge che il compratore, per esempio, ha al tempo stesso l'azione reale come proprietario della cosa, e l'azione personale come creditore di questa cosa. Può dunque in conseguenza convenire per lo intero quell' erede del debitore ch' è detentore della cosa per effetto della divisione, se siasi fatta, e gli altri per la loro parte ereditaria. E se la cosa sia posseduta ancora in comune al tempo in cui si

propone di sperimentare la sua azione, si procede come già si disse nella medesima ipotesi, allorchè si tratti di una dimanda per rivendicazione, o di una dimanda per restituzione di una cosa comodata o depositata.

Ma in tal caso di vendita o altra promessa di un corpo determinato, siccome nel dritto romano non vi sarebbe stata che una semplice azione personale a favore del compratore o altro creditore, poichè per regola era necessaria la tradizione per trasferire la proprietà negli atti tra vivi, quest'azione sarebbesi divisa tra tutti gli eredi del debitore, in proporzione delle loro porzioni ereditarie, senz'alcuna distinzione rispetto a colui il quale possedeva la cosa e gli altri: le leggi non ne fanno in simil caso (1): talmentechè se il creditore avesse dimandato l'intero all'erede possessore della cosa dovuta, di cui esso attore non era proprietario, ma semplice creditore, sarebbe incorso nella penale cominata contra il *plus petitum*.

Nella nostra antica giurisprudenza puranche la proprietà in generale non trasmettevasi ugualmente

---

(1) *Manifesti et indubitati juris est defuncto, multis relictis heredibus, actionem quidem personalem inter eos lege XII tabularum dividi;* l. 1, Cod. *si unus ex pluribus heredib.*

Actio quidem personalis inter heredes pro singulis portionibus quæsita scinditur: pignoris autem multis obligatis rebus, quas diversi possident, cum ejus vindicatio non personam obliget, sed rem sequatur, qui possident, tenentes non pro modo singularum rerum substantiæ conveniuntur, sed in solidum: ut vel totum debitum reddant; vel eo quod detinent, cedant; l. 2, *hoc tit.*

negli atti tra vivi se non mediante qualsivoglia tradizione; in guisa che una vendita, per esempio, sebbene di un corpo determinato, non dava al compratore che una semplice azione personale contra il venditore e di costui eredi; e nondimeno Molineo e Pothier opinavano che il *creditore* di un corpo determinato potesse dimandare l'intero a quell'erede del debitore nelle cui mani si trovava la cosa per effetto della divisione, attesochè, dicevano questi autori, *quamvis actio mere sit personalis, tamen executio judicati in rem scripta est, et divisionem debet impedire vim futuri judicii, nec executionem in rem et in ejus possessorem; salvo contra heredes recurso;* Molineo, *part.* 2, n.° 84; Pothier, n.° 303.

Certamente tale opinione non era fondata sulle mere regole del dritto di allora; anzi era diametralmente opposta a quelle del dritto romano; ma presentemente sarebbe incontrastabile. Questi medesimi autori avevano detto dalle prime che l'erede nella cui porzione sia caduto il corpo determinato promesso dal suo autore ben può, è vero, essere convenuto e condannato per lo intero, ma «purchè la sen-« tenza sia profferita co' suoi coeredi, o in loro con-« tumacia, se non fu incaricato di tal debito colla di-« visione.» Ed in prosieguo essi non richiesero tale condizione, «nel caso di un venditore il quale avendo « venduto una cosa consegnabile entro il mese, ed « avendo ricevuto il prezzo, fosse morto in tal ter-« mine, lasciando più eredi: la vendita e il paga-

« mento del prezzo in simil caso essendo provato, « quell' erede appresso cui si trova la cosa deve, « trascorso il termine, esser condannato a consegnar- « la senza che sia ammesso a porre in causa i suoi « coeredi. » Pothier, *ibid.*

Non è d' uopo di far osservare che queste circostanze di pagamento del prezzo e di scadenza del termine stabilito per la consegnazione della cosa venduta, sono affatto indifferenti rispetto alla quistione di cui si tratta, risguardata nelle strette regole dell' antico dritto. Ma non prolungheremo siffatta osservazione; diremo soltanto che dopo il Codice, non devesi più fare differenza alcuna tra il caso in cui la cosa debb'esser consegnata in virtù di vendita o altra promessa, ed il caso in cui debb'essere restituita come essendo stata comodata, locata o depositata: in tutti, l' erede che la detiene per effetto della divisione può essere convenuto per lo intero, e dev' essere condannato a rilasciarla o a restituirla per lo intero, poichè può adempiere egli solo all' obbligazione. Se non ancora siasi fatta la divisione, si procede come abbiam detto nei due primi casi.

Quando siasi effettuata, gli eredi non detentori possono sempre essere convenuti ciascuno per la sua parte, salvo il loro regresso, se siavi luogo, senza poter trarre argomento da accordi particolari o da una clausola della divisione che incaricassero i loro coeredi di soddisfare il terzo; senza poter per conseguenza dimandare un termine per porlo in causa a solo fi-

ne di farlo condannare esclusivamente alla restituzione o al rilascio della cosa.

Ma siccome il caso del debito di un corpo determinato sembra evidentemente compreso in quelli del n.° 5 dell'art. 1221 c. c. = *1174 ll. cc.*, in cui si dice che ciascun erede può essere convenuto per l'intero, salvo il suo regresso, sembra risultare da ciò una obbiezione che noi in appresso c'impegneremo di togliere.

Del resto Pothier fa giudiziosamente osservare, nel medesimo luogo, che l'erede detentore della cosa dovuta non può essere convenuto per lo intero e condannato per lo intero se non quando egli possegga tutta la cosa attesa la sua qualità di erede e per effetto della divisione dell'eredità; che diversamente sarebbe se la possedesse per proprio dritto; che in tal caso non ne sarebbe *debitore*, e non potrebbe esser condannato a rilasciarla, ma soltanto a pagare la sua parte nei danni ed interessi, e che puossi per così risolverlo trarre argomento dalla l. 86, § 3, ff. *de legatis* 1.° ove si dice: *Si fundus ab omnibus heredibus legatus sit qui unius heredis esset; is cujus esset, non amplius quam partem suam præstabit; cæteri in reliquas partes tenebuntur.*

286. Se il debito fosse di una cosa indeterminata, come un cavallo in generale, sarebbe questo uno de' casi compresi nel n.° 5 dell'art. 1221 c. c. = *1174 ll. cc.*, o della quinta eccezione.

287. Se fosse di un determinato numero di cose del medesimo genere, come dieci cavalli indetermi-

natamente, la divisione, sia tra gli eredi del creditore, sia tra gli eredi del debitore, non si farebbe in ciascuna delle cose promesse, *ut in specie*, ma sibbene numericamente *ut in genere* (1): cioè ciascun erede dovrebbe un numero di cavalli in proporzione della sua parte ereditaria, e non potrebbe essere convenuto che per questa, ammenochè non risultasse dalle circostanze della causa di essere stata intenzione delle parti che il debito non potesse soddisfarsi parzialmente, nel quale caso ciascuno degli eredi, ai termini dell'art. 1221 c. c. = *1174 ll. cc.*, può essere convenuto per lo intero, salvo quanto fra poco diremo.

288. Riguardo agli eredi del creditore di un corpo determinato, come il tale cavallo, il tale iugero di terreno, ciascun di essi prima della divisione dell' eredità non può dimandare che la sua porzione; e se la cosa non sia capace di tradizione parziale, il debitore può chiedere che tutti gli eredi si accordino per riceverla; imperocchè consegnandola ad un solo, non sarebbe liberato verso gli altri, se colui al quale l' avesse consegnata non la esibisse a' suoi coeredi: soltanto costoro al tempo della divisione avendo il dritto d'imputarne il valore sulla sua porzione, sarebbero tenuti a far ragione al debitore di un valore uguale a quello che potessero ricuperare con tal mezzo.

---

(1) L. 54, *princip. in fin.*, ff. *de verb. oblig.*; l. 7, § 7 nel medesimo titolo; e l. 29, ff. *de solutionibus*. *V.* Cuiacio sul primo di tali testi.

Se la divisione siasi fatta prima di estinguersi il debito, quell'erede al quale fosse spettata la cosa, o l'azione per reclamarla, può convenire per lo intero il detentore o debitore, poichè nella nostra legislazione questo erede si reputa esser succeduto solo ed immediatamente alla cosa medesima (art. 883 c. c. = *803 ll. cc.*); giacchè l'azione fa le veci della cosa a cui si riferisce. Sarebbe puranche lo stesso nel caso in cui il defunto avesse semplicemente comprato o stipulato la cosa, attesochè ne era per lo stesso motivo riputato proprietario (art. 1138 c. c. = *1092 ll. cc.*); in modo che la divisione non avrebbe soltanto attribuito all'erede l'azione per dimandarla, ma gli avrebbe puranche attribuito realmente la cosa stessa; viemaggiormente se fosse un oggetto appartenente al defunto, di cui un terzo avesse disposto senza suo consenso, o una cosa che il defunto avesse dato in deposito, in comodato, in affitto, poichè la cosa medesima sarebbe realmente *in bonis defuncti*, giusta la regola *is qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur*; l. 15, ff. *de regul. juris.*

Terza eccezione: *quando si tratti di debito alternativo di cose, a scelta del creditore, delle quali una sia indivisibile.*

289. Se una delle due cose sia effettivamente indivisibile, ed il creditore la scelga, l'obbligazione sarà regolata coi principj delle obbligazioni indivi-

sibili, di cui parleremo nel seguente paragrafo. Ma allora non è questa una eccezione alla regola della divisione de' debiti divisibili tra gli eredi del debitore; giacchè un debito indivisibile non può esser presentato come un'eccezione ad una regola che gli è affatto estranea. E se il creditore scelga la cosa divisibile, neanche avvi eccezione alla regola, poichè essa è applicabile in tutta la sua estensione. Laonde questa disposizione, così come è conceputa, effettivamente non significa nulla.

Se si ebbe in mira il caso in cui una delle due cose fosse un corpo determinato, pel quale scegliesse il creditore, e ciò sarebbe abbastanza provato dacchè l'ultimo paragrafo dell'art. 1221 c. c. = *1174 ll. cc.* non accorda in tal caso l'azione per lo intero se non contra uno degli eredi soltanto, contra quello che possiede la cosa dovuta, mentrechè quando l'obbligazione è indivisibile, ciascun erede, giusta l'art. 1223 c. c. = *1176 ll. cc.*, può essere convenuto per lo intero; se, diciamo, si ebbe in mira il caso in cui una delle due cose comprese nell' obbligazione alternativa a scelta del creditore è un corpo determinato, che il creditore sceglie, devesi semplicemente applicare quanto si è detto sulle due eccezioni, e non meritava la pena di farne la materia di una terza nella legge, dappoichè è la stessa. E se si pensò al caso in cui una delle due cose fosse indeterminata, come un cavallo in generale, ed il creditore scegliesse per questa cosa, allora evidentemente ci troveremmo in una delle obbligazioni di cui trat-

ta il n.° 5 dell' art. 1221 c. c. = *174 ll. cc.*, e nelle quali l'ultimo paragrafo di questo articolo accorda al creditore il dritto di convenire ciascun erede per l'intero, salvo il regresso; giacchè è chiaro che per ragione della natura della cosa che fosse la materia dell'obbligazione, l'intenzione de'contraenti sarebbe stata che essa non potesse eseguirsi per parti. Qualunque supposizione si faccia, è dunque impossibile di giustificare nonchè di spiegare questa disposizione tal quale è conceputa; ed al certo non si disse ciocchè si volle dire.

In fatti perchè il pagamento non possa aver luogo per parti malgrado il creditore allorchè l'obbligazione è alternativa, è indifferente che una delle due cose sia indivisibile o semplicemente un corpo certo o una cosa indeterminata, oppure che sieno ambedue divisibili; ed è del pari indifferente che la scelta appartenga al creditore o al debitore: in tutti i casi il pagamento non potrà farsi per parti malgrado il creditore, perchè potrebbe accadere in tal modo che ricevesse parte di una e parte dell'altra delle due cose, e non si può costringervelo: or ciò forse unicamente si volle dire con questa disposizione; ma vi si apposero condizioni che non sono del tutto necessarie per tal uopo, e che prese a parola farebbero che essa non avrebbe alcun senso, e sarebbe anche in contraddizione con un'altra disposizione del medesimo articolo.

290. Così, nelle obbligazioni alternative di cose anche perfettamente divisibili, come cento tomola di

grano o trecento franchi, se il debitore abbia lasciato per esempio due eredi, il creditore, abbenchè la scelta appartenesse ad essi, non è obbligato di ricevere da uno di loro parte di una delle due cose, se l'altro non gli offra nello stesso tempo l'altra metà della medesima cosa; imperocchè potrebbe avvenir di poi che il coerede volesse pagargli la sua porzione nell'altra cosa, avendo egli lo stesso dritto di elezione che ha il suo coerede. Or il creditore non istipulò due metà di due diverse cose, ma una per intero; e gli credi del debitore, che non poteva costringerlo a ricevere parte dell'una e parte dell'altra (art. 1191 c. c. = *1144 ll.cc.*), non avendo assolutamente che i dritti del loro autore, con la sola modificazione riguardante la divisione del debito tra loro, no'l possono viemaggiormente; in diverso modo sarebbe alterata la sostanza stessa dell'obbligazione. Gli eredi debbono dunque accordarsi: tal è il sentimento del giureconsulto Paolo nella l. 85, § 4 ff. *de verb. oblig.*; di Molineo *de dividuis et individ.*, § 2, n.° 125; e di Pothier, *delle Obbligazioni*, n.° 313. In guisa, dice quest' ultimo nella specie di un debito alternativo di una casa o di una somma di 10, 000 fr., a scelta del debitore, che « quando pure il credi-
« tore avesse ricevuto volontariamente da uno degli
« eredi la metà di una delle due cose, *puta*, la
« metà della somma, questo pagamento non sarebbe perfetto, anche per tale metà, che qualora
« gli si fosse pagata l'altra metà; e se in appresso

« gli si dà la casa, vi sarà luogo a ripetere cioc-
« chè fu pagato in danaro contante (1). »

Osserveremo tuttavia che tal parere particolare di Pothier presenta alcun dubbio nel caso in cui il creditore ricevendo il pagamento non abbia fatto le sue riserve che se l' altro erede volesse di poi pagargli la metà della casa, il pagamento della metà della somma si reputerebbe non avvenuto. Imperocchè, siccome secondo lo stesso Pothier, il creditore non era obbligato di ricevere tal pagamento finchè il coerede non gli pagasse nel medesimo tempo l'altra metà della stessa cosa, ricevendola senza fare alcuna riserva sembra ben aver acconsentito alla divisione rispetto all' oggetto dell' obbligazione non che rispetto al pagamento medesimo. Egli dovè riflettere che l'altro erede aveva al pari del suo coerede il dritto di elezione, e che quindi questo erede volesse pagare la metà della casa. Era dunque questo il caso di fare delle riserve, ed a noi sembra che esse non sieno sottointese; per poterlo dire con qualche certezza, sarebbe bisognato che il creditore fosse stato obbligato di ricevere parte della somma: or, secondo Pothier, egli non vi era tenuto. Questo autore adduce anche tal caso come una eccezione alla regola della divisibilità del pagamento de' debiti divisibili da parte degli eredi del debitore.

Del resto la circostanza che nell' esempio da lui

(1) *V.* puranche la l. 26, §§ 13 e 14, ff. *de condict. indeb.*

addotto, una delle due cose dell' obbligazione alternativa sia una casa, è indifferente riguardo alla nostra regola: questa regola non è meno applicabile, sebbene le due cose sieno perfettamente divisibili, e sebbene, come il dicemmo, la scelta appartenga al debitore: in tutti i casi il creditore non può essere costretto di ricevere parte di una cosa e parte dell'altra; diversamente sarebbe alterata la stessa sostanza dell'obbligazione. Ciocchè non poteva fare il debitore, molto meno posson fare i suoi eredi, salvo la modificazione risultante dalla regola della divisione del debito tra essi. Debbono dunque accordarsi per fare il pagamento di una delle due cose nel suo intero; se non si accordino, il creditore deve citarli per sentir dichiarare che dovranno accordarsi in un termine da stabilirsi dal tribunale, altrimenti la elezione sarà a lui concessa, e se non si accordino nel termine, allora potrà dimandare a ciascun di essi la sua porzione nella cosa che sarà stata da lui scelta. Imperocchè far risolvere la quistione dalla sorte, come si praticava in casi simili nel dritto romano(1), non è un uso adottato dalla nostra legislazione; e nondimeno fa d'uopo togliere l' ostacolo.

Se per effetto del contratto la scelta appartenesse al creditore, è chiaro eziandio che non potrebbe

(1) *V.* a tal riguardo la l. 3, Cod. *communia de legat. et fideicom.*; il § 23 Institut. *de legatis*; l. 24, § 17, ff. *de fideicom. libert.*; e l. 14, ff. *de judiciis. V.* anche Vinnio, *Select. quæst.* lib. 1, *quæst. 35.*

dimandare a ciascun erede se non la sua quota nell' una delle due cose anche divisibili; e se avesse ricevuto parte di una di esse, o sulla sua istanza, o amichevolmente, non sarebbe più ammesso a dimandare in prosieguo all'altro erede parte dell'altra cosa, offrendo di restituire ciocchè avesse ricevuto: la sua scelta sarebbe consumata; viemaggiormente se non offrisse di restituire ciocchè ricevette, poichè non ha dritto a due metà di cose diverse, abbenchè la scelta sia stata a lui accordata, ma ad una sola.

Infine se fosse egli morto lasciando due eredi, abbenchè la scelta appartenesse al debitore, questi non potrebbe pagare ad uno di essi una parte di una delle due cose, ed all'altro una parte dell' altra cosa, ammenochè essi non vi acconsentissero; giacchè altrimenti l'obbligazione sarebbe snaturata. Questi eredi altronde possono avere interesse di ricevere una cosa intera, per farla entrare nella formazione di una quota, o per venderla più vantaggiosamente, anzichè due metà di due cose diverse. E se la scelta loro appartenesse e non si accordassero, il debitore che volesse liberarsi potrebbe citarli per sentir dire che saranno tenuti di accordarsi nel termine stabilito dal tribunale, scorso il quale la scelta sarà a lui concessa; ed allora potrebbe fare a ciascun d'essi offerte della sua parte nella cosa che egli sceglieesse.

*

QUARTA ECCEZIONE: *quando un solo degli eredi sia in forza del titolo incaricato dell' adempimento dell' obbligazione.*

291. In questo caso l'erede designato può, secondo l' art. 1221 c. c. = *1174 ll. cc.*, esser convenuto per lo intero debito, salvo il regresso contra i suoi coeredi.

Tal punto merita tuttavia qualche spiegazione, come il dicemmo nel tomo precedente, n.° 263, e nel tomo VII, n.° 430.

292. In prima se una persona col suo testamento incarica nominatamente uno de'suoi futuri eredi di soddisfare il tale legato, il legatario avrà l' azione personale per lo intero contro di lui, senzachè tuttavia la riserva di tal coerede possa soffrirne nella ipotesi in cui gliene fosse dovuta. Ed il regresso contra gli altri eredi avrà oppur no luogo, secondo che la volontà del testatore sarà stata semplicemente di porre il pagamento a suo carico, o porvi il legato medesimo, lo che soprattutto si estimerà dalle parole del testamento (1).

Qualora sia stata intenzione del testatore di non porre il legato medesimo che a peso personale di questo erede, il legatario non avrà azione contra gli altri. Ciò si supporrà anche assai facilmente se abbia incaricato l'erede di dare una somma o qualche al-

(1) *V.* tomo IX, n. 380 e 384.

tra cosa che gli appartenga. Vi sarà ancora men dubbio quando avrà a lui medesimo fatto un peso di un legato; allora il legato secondario cesserà di gravare il legato principale, se diventa caduco, come il dicemmo trattando delle disposizioni testamentarie (1).

295. E se un debitore incarica col suo testamento uno de' suoi futuri eredi di soddisfare il suo debito verso il tale, dando al creditore il dritto di esigerne il pagamento da questo erede, costui potrà essere convenuto per lo intero, e gli altri per la loro parte ereditaria. Ma se il testamento non contenesse che una semplice indicazione dell' erede per soddisfare il debito, senza dar puranche con ciò al creditore il dritto di esigerlo da lui, la clausola gli sarebbe estranea, ed il suo effetto si limiterebbe ad obbligare l'erede a rendere indenne i suoi coeredi delle spese di procedure fatte dal creditore per mancanza di pagamento. Tuttavolta l' obbligherebbe eziandio a rimborsare ad essi la loro parte se l'avessero pagata, o ad esibire ad essi il loro discarico nel caso contrario, se il defunto avesse inteso di porre a suo peso, non solo il pagamento del debito, ma anche il debito stesso (2); il tutto salvo i dritti della riserva legale nel caso in cui fosse dovuta all' erede. E siccome la clausola conterrebbe ancora un vero legato, a vantaggio degli altri, della loro

(1) Tomo IX; numeri 317 e 495.
(2) *V.* la l. 20, § 5, ff. *familiæ erciscundæ.*

parte nel debito, bisognerebbe perchè tal debito dovesse restare a peso personale dell' erede indicato, che la volontà del defunto a tal riguardo non fosse dubbiosa.

294. In siffatti casi, e con le limitazioni di sopra espresse, la disposizione del n.° 4 dell' art. 1221 c. c. = *1174 ll. cc.*, combinato coll' ultimo paragrafo di questo articolo, riceve senza alcun dubbio la sua applicazione; ma la generalità delle sue espressioni ed il luogo che occupa nel Codice non permettono dubitare che uno degli eredi non possa puranche essere incaricato in forza delle convenzioni del suo autore di eseguire queste medesime convenzioni.

295. Ci sembra nondimeno indubitato che una persona non possa validamente, incaricando il tale o tal altro de' suoi futuri eredi dell' esecuzione dell' obbligazione che essa contrae, privare col contratto medesimo questo erede del regresso contra i suoi coeredi: giacchè in tal modo sarebbe disporre a vantaggio degli altri del valore della loro porzione in questo medesimo debito; sarebbe un legato a loro vantaggio, ed un legato fatto senza praticare le formalità richieste per la validità de' legati. Quindi l' art. 1221 c. c. = *1174 ll. cc.* riserva il regresso; esso suppone soltanto che sia stata messa a peso di un solo degli eredi l' esecuzione dell' obbligazione, e non l' obbligazione medesima. È questa una semplice eccezione alla regola della divisione de' debiti tra gli eredi, una *indivisibilità di pagamento* per

rispetto a questo erede, e non altro. Tal punto nettampoco potrebbe dunque soffrire alcun dubbio.

296. Ma qual debb' esser mai l' effetto della *procedura?* dev' esser forse lo stesso rispetto all' erede come se l' obbligazione fosse solidale? questo erede dev' esser egli *condannato* per lo intero abbenchè chiamasse in causa i suoi coeredi? dovrà egli sopportare la loro insolvibilità? l' obbligazione semplicemente indivisibile circa al pagamento avrà per lui effetti più onerosi di quelli che avrebbe un'obbligazione di assoluta indivisibilità? giacchè in una obbligazione indivisibile propriamente parlando, se l' erede convenuto non fosse il solo il quale, per ragione della natura dell' obbligazione, potesse eseguirla, avrebbe dritto di porre in causa i suoi coeredi per far dividere tra essi e lui l'importare della condanna ai danni ed interessi (art. 1225 c. c. = *1178 ll. cc.*), e non puossi dire che quando si tratti di una cosa divisibile, come una somma di danaro, una data quantità di derrate, l' erede indicato sia il solo che possa adempiere all'obbligazione.

È assolutamente necessario un cenno sull' antico dritto per dissipare i dubbj a tal riguardo, o almeno per prevenire le obbiezioni.

Si vide nel tomo precedente, n.° 263, che nel dritto romano una persona obbligandosi non poteva incaricare un suo futuro erede della intera obbligazione, o di una parte maggiore della porzione ereditaria di questo erede: la l. 56, § 1, ff. *de verb. oblig.* è formale a tal riguardo: *Te et Titium he-*

redem tuum decem daturum spondes? Titii persona supervacue comprehensa est: sive enim solus heres extiterit, in solidum tenebitur; sive pro parte, eodem modo quæ cæteri coheredes ejus.

In fatti l'erede in parte non rappresentando il defunto che per questa parte, la promessa che l'obbligava al di là di ciò era considerata per lo eccedente come la promessa del fatto di un terzo; essa ledeva dunque la regola *nemo, nisi de se, promittere potest.* Tuttavolta non era nulla, giacchè il debitore si obbligava egli stesso; soltanto si reputava non fatta la menzione dell' erede.

Ed invocando appunto tale testo Pothier nel suo trattato *delle Obbligazioni*, n.° 46, dice che anche nel nostro dritto un debitore non può obbligare uno de' suoi eredi per una parte maggiore della sua porzione ereditaria: « Similmente, egli dice, come noi « non possiamo nelle obbligazioni divisibili stipulare « per qualcuno se non per quanto e per la parte « per la quale egli sarà nostro erede; così non pos« siamo in queste obbligazioni obbligare qualcuno « de'nostri eredi se non per la parte per la quale « egli sarà nostro erede. Perciò inutilmente un de« bitore comprenderebbe nominatamente nella con« venzione un TALE che dev'essere uno de'suoi ere« di; giacchè non sarà tenuto del debito se non « come gli altri eredi i quali non vi furono com« presi ».

Ma più lungi, n.° 313, questo autore dopo aver rammentato quanto avea detto su tal punto e citato

di nuovo la sopraenunciata legge, soggiunge: « Ciò « non ostante Molineo opina con ragione esser le- « cito di convenire che un debito non potrà esser « soddisfatto in parte da' diversi eredi del debito- « re; ed egli ben osserva che tale convenzione dif- « ferisce di molto da quella della specie della l. « 56, § 1, ff. *de verb. oblig.*, di sopra riferita, la « quale cade sulla sostanza stessa della obbligazio- « ne; mentre che questa convenzione non riguar- « da che il modo con cui se ne farà il pagamento: « *non concernit substantiam obligationis, sed mo- « dum: unde quemadmodum potest in præjudicium « heredum determinari locus et tempus solutionis, « ita et modus;* Molineo, § 2, n.i 30 e 31. Siffatta « convenzione non impedisce che uno degli eredi « del debitore sia *tenuto soltanto per la sua parte « del debito;* ma l' effetto è che egli non può fare « il pagamento se non della intera cosa, congiun- « tamente coi suoi coeredi; in guisa che le offerte « che egli facesse di dare la sua porzione non sa- « rebbero bastanti anche per la sua parte nella ob- « bligazione di cui è tenuto, se i suoi coeredi non « offrissero ugualmente la loro ».

Da questi due passi di Pothier risulta che, a creder suo del pari che di Molineo, la clausola colla quale un erede del debitore sia incaricato di soddisfare il debito non può efficacemente cadere sulla sostanza della obbligazione medesima, ma può benissimo riguardare il modo di pagamento, e renderlo indivisibile da divisibile che sarebbe stato sen-

za di essa; che l'effetto di tale clausola non è in vero che l'erede debba per ciò tutto il debito, ma soltanto che non può malgrado il creditore pagargli la sua porzione; per conseguenza che non può fargliene offerte, se tutt'i suoi coredi non offrano al tempo medesimo la loro: in modo che queste offerte parziali non arresterebbero gl'interessi, se il debito ne producesse, non impedirebbero di esser egli incorso nella penale, anche per la parte di questo erede, se vi fosse stipulata una penale, non purgherebbero insomma in alcun modo la mora nella quale fosse stato costituito. Ma siccome, secondo Pothier, la clausola non cade e non può cadere sulla obbligazione, questo autore conchiude da ciò che l'erede non sia sempre *tenuto* se non per la sua porzione, ch'egli non *debba* che la sua porzione, e che non possa essere *convenuto* se non per la sua porzione soltanto.

« Ne' casi in cui, egli dice in prosieguo (cioè in « quelli de' numeri 4 e 5 dell' art. 1221 c. c. = « *1174 ll. cc.*), una obbligazione, abbenchè in sè stes- « sa divisibile, non possa nulladimeno adempiersi in « parte, non è permesso in vero al creditore di porre « in mora gli eredi del suo debitore che facendo la « dimanda contro tutti: *la dimanda che egli facesse « ad uno di essi di pagargli l'intero non sarebbe « valida, e non lo porrebbe in mora*, poichè es- « sendo divisibile la obbligazione, egli non deve « l'intero. Ma abbenchè non sia debitore che della « quota per la quale egli è erede, e *non possa es- « sere convenuto per lo intero*, nondimeno la in-

« divisione del pagamento impedisce che egli possa « offrire la porzione di cui è debitore, se il rima- « nente non venga nel medesimo tempo offerto dai « suoi coeredi ».

Quindi, secondo Pothier, ne' casi dei n.i 4 e 9 n.o 5 del citato art. 1221, l'erede non può esser convenuto per lo intero, e secondo lui e Molineo, ed ai termini della sopraccitata legge romana, tal dritto appunto di convenir per lo intero sarebbe caduto sulla sostanza medesima della obbligazione. Imperocchè questi autori non consideravano la ineguaglianza che sarebbe da ciò risultata tra gli eredi, se il debitò avesse dovuto restare definitamente a peso di quello che era indicato per soddisfarlo, locchè sarebbe stato un vantaggio fatto a favore degli altri, e lo che non poteva aver luogo mediante semplice convenzioni con un terzo: essi risguardavano principalmente la obbligazione ne' suoi effetti tra il creditore ed i rappresentanti del debitore, ed a parer loro la semplice indivisibilità di pagamento non ledeva in alcun modo la divisione della obbligazione in sè medesima, nè per conseguenza quella della dimanda o procedimento tra gli eredi.

Ma circa a quest' ultimo punto, non può dissimularsi che i compilatori del Codice non si sieno allontanati dalla dottrina de'detti giureconsulti, poichè l'art. 1221 c. c. = *1174 ll. cc.* dice positivamente al contrario che l'erede nel caso del n.o 4, e ciascun erede in quelli del n.o 5, *può essere convenuto per lo intero*, salvo il regresso. Sembra che

quel che secondo essi avrebbe colpita la sostanza dell'obbligazione, sarebbe stata la clausola la quale, incaricando uno degli eredi della sua esecuzione, gli avesse nel tempo medesimo interdetto ogni regresso contra i suoi coeredi, ed avesse così definitamente lasciato tutto il debito a suo carico personale. « Quell'erede che in questi diversi casi (quelli « dei numeri 4 e 5 del detto art. 1221), diceva « Bigot-Preameneu nel suo discorso al Corpo legis- « lativo in presentare la legge; quell'erede il quale « abbia pagato *più di ciò che avrebbe dovuto in* « *tale qualità*, ha il suo regresso, *come di dritto*, « verso i suoi coeredi, *perchè non l'obbligazione*, « *ma soltanto il pagamento è stato a suo carico* ».

297. Tutta la quistione adunque si riduce ora a conoscere se gli autori del Codice accordando al creditore *l'azione per lo intero* contra l'erede designato nel caso del n.° 4, e contra ciascun erede in quello del n.° 5, derogando così alle antiche regole, intesero derogarvi benanche sotto il rapporto della stessa *condanna;* se vollero così attribuire ad obbligazioni riconosciute per sè medesime come divisibili, effetti più onerosi per l'erede convenuto che no 'l sarebbero gli effetti di un'obbligazione indivisibile propriamente detta. Imperocchè in questa, l'erede convenuto per lo intero ha dritto di chiamare in giudizio i suoi coeredi, allorchè non sia il solo che a motivo della natura del debito possa eseguirla; e se lo faccia, la condanna ai danni ed interessi dev' essere divisa fra essi e lui in proporzione delle

loro quote ereditarie; art. 1225 c. c. = *1178 ll. cc.* esaminato. In vece che se nei casi de' numeri 4 e 5 dell' art. 1221, la condanna dev'essere puranche pronunziata per lo intero contro l'erede convenuto, benchè avesse posto in causa i suoi coeredi, è come se fosse tenuto di un'obbligazione solidale, quando nondimeno è indubitato che l' indivisibilità dell'obbligazione non gl'imprime la caratteristica della solidalità. E di più, la semplice indivisibilità di pagamento, che si volle stabilire in questi casi, avrebbe per gli eredi del debitore effetti più estesi e più onerosi di quelli dell'indivisibilità della stessa obbligazione, il che certamente sarebbe assai bizzarro. L'insolvibilità di un erede verrebbe così sopportata dal suo coerede, il che nettampoco è uniforme alle regole nei debiti meramente personali. Infine se le obbligazioni del n.° 5 dell' art. 1221 sono poste sotto la rubrica dell' *effetto delle obbligazioni divisibili*, e vengono quindi riguardate come divisibili, da un'altra parte l'art. 1218 c. c. = *1171 ll. cc.* le annovera fra le obbligazioni *indivisibili*, donde sembra risultare di essere ad esse applicabile parimenti l' art. 1225 di sopra citato.

E lasciando per ora da banda i casi di questo n.° 5, che presentano altre controversie e contraddizioni nel complesso delle disposizioni della legge sulla materia, come tra poco si vedrà, reca effettivamente imbarazzo lo scegliere un partito su quello che ci occupa; per lo che i diversi interpetri del Codice

non sono di accordo sul senso preciso del n.° 4 di questo art. 1221.

Secondo taluni (1), potè il defunto imporre ad un suo erede l'obbligo di soddisfare tutto il debito con questo effetto che sia lecito al creditore di convenirlo e farlo condannare per lo intero, quando anche chiamasse in giudizio i suoi coeredi, come potè imporgli ogni altra obbligazione. Questo erede, dicesi, è padrone di accettare o di ripudiare l'eredità. Argomentasi a tal riguardo dal dritto seguito in talune consuetudini, come quella di Normandia, di Artois e di Amiens, in cui gli eredi erano anche tenuti di pieno dritto solidalmente de' debiti del loro autore, salvo il regresso e gli effetti del beneficio dell'inventario. E secondo questa interpetrazione, può un debitore pel medesimo motivo obbligar tutti i suoi eredi solidalmente.

Ed in fatti sarebbe difficile di contrastare con qualche fondamento, se il defunto potè obbligare uno in tal modo che non potè obbligarne due, ed anche tutti; giacchè ammessa che siasi la regola riguardo ad uno di essi, non vedesi perchè non si estenderebbe a tutti.

Ma altri (2) credettero che questa interpetrazione del n.° 4 del nostro art. 1221, vera in generale nelle disposizioni testamentarie, non lo sia del pari nelle convenzioni; che i compilatori del Co-

(1) Come Toullier.
(2) In ispecie Delvincourt.

dice ebbero particolarmente in mira i pesi imposti col testamento; che per le convenzioni, possono esse rendere indivisibile il debito circa al pagamento per riguardo all'erede incaricato dal titolo di soddisfarlo, ed anche per riguardo a tutti, se tale sia stata la volontà delle parti, ma che questa indivisibilità non è la solidalità, e non ne ha gli effetti. In conseguenza essi portano parere che se un erede sia insolvibile al momento in cui il pagamento del debito vien dimandato per lo intero all'erede indicato dal titolo di soddisfarlo, l'insolvibilità non debba sopportarsi da lui, ma dal creditore, secondo il dritto comune, tranne se il debito fosse ipotecario. Dicono che la dottrina contraria sovvertirebbe le regole intorno al modo con cui gli eredi sopportano i debiti del defunto, nei casi di semplice azione personale, e che niuna disposizione del Codice autorizza un debitore ad imporre la solidalità ai suoi eredi, o anche ad uno di essi; che non lo autorizza ad obbligarli se non in modo indivisibile circa al pagamento del debito, ma che gli effetti dell'indivisibilità non sono per tal riguardo simili a quelli della solidalità. Del resto si conviene che il Codice, a differenza delle antiche regole, autorizza il creditore a *convenire* l'erede per lo intero, ma come nelle obbligazioni indivisibili, cioè col dritto attribuito dall'art. 1225 c. c. = *1178 ll. cc.* a questo erede di chiamare in giudizio i suoi eredi per far dividere tra essi e lui il valore della condanna per non essere il solo che, stante la natura del debito,

possa soddisfarlo. Si è puranche di accordo che l'erede non possa fare offerte della sua parte nel debito.

Ed in fatti si può dire che il dritto di convenire un erede per lo intero non induce necessariamente il dritto di farlo condannare per lo intero: questo art. 1225 offre la pruova di tale verità, e la precitata l. 85, ff. *de verb. oblig.* l'offre similmente.

Vedremo altronde intorno al n.° 5 dell'art. 1221, che i compilatori del Codice non furono di accordo con sè medesimi per ciocchè riguarda questo dritto di procedere per lo intero contra ciascuno erede, e che in taluni casi i quali si trovano evidentemente compresi in questo n.° 5, essi non accordarono al creditore azione per lo intero contro ciascuno di questi eredi, ma soltanto contra il tale fra essi, e contra gli altri unicamente per la loro parte ereditaria.

QUINTA ECCEZIONE: *quando o dalla natura dell'obbligazione, o dalla cosa che ne forma l'oggetto, o dal fine che si è avuto di mira nel contratto, risulti essere stata intenzione de' contraenti che il debito non possa soddisfarsi partitamente.*

298. In questo caso, dice l'ultimo paragrafo dell'art. 1221 c. c. = *1174 ll. cc.*, ciascun erede del debitore può essere convenuto per l'intero debito, salvo il suo regresso.

Ma questa disposizione presenta pure gravissimi dubbj.

299. Primieramente, come già lo abbiamo detto, n.° 257, è impossibile di non iscorgervi obbligazioni simili a quelle dell'art. 1218 c. c. = *1171 ll. cc.*, che nondimeno le qualifica obbligazioni *indivisibili;* il che sembra in conseguenza che debba rendere ad esse applicabile l'art. 1225 c. c. = *1178 ll. cc.* In vece che l'art. 1221 non fa menomamente menzione di questa facoltà accordata all'erede convenuto per lo intero, di chiamare in giudizio i suoi coeredi: donde nasce una palpabile antinomia nelle diverse disposizioni della legge su questa materia astrusa, e che ne complica le dubbiezze.

In secondo luogo le obbligazioni di consegnare o di restituire un corpo determinato, nelle quali questo art. 1221 dà l'azione per lo intero soltanto contra l'erede detentore, sono evidentemente del numero di quelle le quali, attesa la natura della cosa che ne forma l'oggetto, vengono considerate dai contraenti come incapaci di esecuzione parziale, ed in cui nondimeno, secondo questo medesimo articolo, può il creditore convenire ciascun erede per lo intero. Quindi Pothier arreca come esempio di una di queste obbligazioni il caso di vendita o di locazione di un dato fondo. Udiamolo ancora su tal punto, giacchè fu patentemente copiato parola a parola nella compilazione di questo numero 5 del nostro articolo, ed è perciò il migliore interpetre che se ne possa avere.

« Il terzo caso, egli dice, in cui il debito, quan-
« tunque diviso fra gli eredi del debitore, non de-

« ve soddisfarsi partitamente, è quando senza che « siavi convenzione, *o dalla natura dell' obbliga-* « *zione, o dalla cosa che ne forma l' oggetto, o* « *dal fine che si è avuto di mira nel contratto,* « *risulti essere stata intenzione de' contraenti che* « *il debito non possa soddisfarsi partitamente.* Ciò « si presume facilmente allorchè la cosa che forma « l' oggetto della convenzione sia in verità capace di « parti intellettuali, e si possa in conseguenza di- « videre, ma non dividere in parti reali. *Molin.* « *part.* 3, n.° 223.

« Ciò si presume anche riguardo alle cose che « possono dividersi in parti reali, allorchè non pos- « sono esserlo senza che ne risulti un danno al cre- « ditore.

« Per esempio, egli dice, se io ho comprato o « preso in fitto un certo fondo, abbenchè il me- « desimo sia capace di parti, nondimeno un erede « di colui che me lo ha venduto o dato in fitto non « sarebbe ammesso ad offrirmi la sua parte divisa « o indivisa in esso per liberarsi verso di me dalla « sua obbligazione, se i suoi coeredi non fossero « parimenti da parte loro pronti a consegnarmi le « proprie, giacchè la divisione di questo fondo « mi arrecherebbe pregiudizio: io lo comprai o lo « presi in fitto per averlo interamente o per go- « derne interamente, e non ne avrei nè comprato « nè preso in fitto una parte.

« Il fine che i contraenti si proposero può eziandio impedire il pagamento parziale, anche dei

« debiti di una somma di danaro. Per esempio, se « con una transazione vi siete obbligato a pagarmi « la somma di 1,000 scudi, con dichiarazione che « fate ciò per trarmi di carcere, in cui io era de- « tenuto per la detta somma da un creditore, e « poco dopo siate morto, lasciando quattro eredi, « uno di questi eredi non sarà ammesso ad offrirmi « separatamente il quarto della detta somma, che « non può procurarmi il rilascio della mia persona, « il quale è stato l'oggetto del contratto, e che io « non potrei serbare con sicurezza in prigione at- « tendendo il pagamento del resto. *Molin., part.* « 2, n.° 40.

E Pothier soggiunge che in questi ed altri simili casi, il creditore non può tuttavolta convenire ciascun erede se non per la di lui parte ereditaria: « Non sarebbe valida, egli dice, la dimanda che « facesse ad uno di loro di pagargli l'intero »; mentrechè il nostro art. 1221 al contrario dichiara positivamente che ciascun erede può essere convenuto per lo intero nei casi preveduti nel n.° 5 di questo articolo, e che sono assolutamente quelli di cui parla qui Pothier.

Non è in fatti evidente che colui il quale, per esempio, ha tolto in prestito un cavallo, o che ha comprato il tale cavallo, ha inteso che la cosa non potesse essergli restituita o consegnata partitamente, poichè questa cosa non n'è anche capace senza distruzione della sua sostanza? Le obbligazioni adunque di corpi determinati sono parimenti comprese

nel n.° 5 dell' art. 1221, e nondimeno son quelle del n.° 2 del medesimo articolo. Tuttavolta in questo caso può esser tolta l'opposizione, e se non vi fosse altro che simile ostacolo vi sarebbe meno imbarazzo per conciliare tali diverse disposizioni del Codice. Quindi in tutti i casi che si tratterà di un corpo determinato, di cui il defunto era detentore o debitore, e che sarà in potere di un suo erede, al quale è stato attribuito colla divisione dell'eredità, il creditore, come lo abbiamo detto sul n.° 2, avrà azione per lo intero soltanto contra il detentore; e l' avrà solamente contra gli altri per la loro quota ereditaria. Se la cosa non siasi ancora divisa, l'azione contra ciascuno di essi non avrà luogo che per la sua parte; ed avverrebbe lo stesso se il defunto avesse fatto perire la cosa, o avesse promesso un oggetto che non gli apparteneva; in somma in tutti i casi in cui vi fosse luogo ai danni ed interessi. Il n.° 5 dell' articolo non si applica dunque a questi casi, nel senso che, giusta l' ultimo paragrafo del medesimo articolo, ciascun erede può essere convenuto per lo intero, salvo il suo regresso. Ma la restituzione o il pagamento della cosa medesima non potrebbe aver luogo parzialmente, quando anche fosse materialmente divisibile, come un territorio.

Ove si supponga che una persona abbia promesso un cavallo indeterminatamente, o un iugero di terra del tale luogo, e lasci due eredi, non siamo più nel caso del n.° 2 di questo articolo, giacchè non si tratta di un corpo determinato; ma siamo evidentemente

in quello del n.° 5, poichè le parti intesero di non potersi soddisfare il debito parzialmente. Ed in fatti un erede del debitore non potrebbe offrire al creditore la metà che avesse nella proprietà di un cavallo o di un iugero di terra, giacchè potrebbe darsi che il coerede volesse anche offrire la metà che avesse in un altro cavallo o in un altro iugero, e quindi il creditore riceverebbe due metà di due diversi cavalli o di due diversi iugeri, mentre che stipulò un cavallo o un iugero per intero (1). È questo dunque il caso di dire coll' art. 1218 c. c. = *1171 ll. cc.*, che il rapporto sotto cui la cosa fu considerata nell' obbligazione non rendeva la medesima capace di esecuzione parziale; il che, secondo questo articolo, fa che essa sia *indivisibile*.

300. Ma l' indivisibilità di cui esso parla è soltanto l' indivisibilità *quoad solutionem*, mentrechè l' art. 1221 c. c. = *1174 ll. cc.* le dà gli effetti dell' indivisibilità *quoad petitionem*, e sembra anche darglieli *quoad damnationem*, non riservando all' erede convenuto per lo intero, come lo fa l' art. 1225 c. c. = *1178 ll. cc.*, la facoltà di chiamare in giudizio i suoi coeredi per far dividere tra essi e lui la condanna; e circa a quest' ultimo punto avvi in realtà grave dubbio, e vi sarebbe anche evidente contraddizione fra le diverse disposizioni del Codice, se dovesse avvenir così.

Che anzi, per ciò che riguarda soltanto que-

(1) L. 85; § 4, ff. *de verb. oblig.*

sto dritto di procedere per lo intero, avvi espressa opposizione tra il nostro art. 1221 ed altri articoli del Codice. In fatti, secondo l'art. 1672 c. c. = *1518 ll. cc.*, se l'acquirente con patto di ricompra abbia lasciato più eredi, il diritto di ricompra può esercitarsi soltanto contra ciascuno per la sua parte, tanto se il fondo venduto sia ancora indiviso, quanto se gli eredi l'abbiano diviso tra loro. Soltanto se l'eredità si è divisa, e la cosa venduta sia caduta interamente nella porzione di uno degli eredi, l'azione di ricompra si può intentare contra di lui per lo intero. E l'art. 1685 c. c. = *1531 ll. cc.* applica queste disposizioni all'azione di rescissione per causa di lesione. Nulladimeno è indubitato che colui il quale vendè una cosa con facoltà di ricompra non intese che gli fosse restituita parzialmente, al pari che il compratore non intese che potesse essergli ridomandata da un erede del venditore per la di lui parte, allorchè gli altri non volessero sperimentare la ricompra: per lo che sono essi costretti di accordarsi, ovvero il compratore ottiene congedo dalla dimanda; art. 1669 e 1670 c. c. = *1515 e 1516 ll. cc.* insiem combinati.

Quindi questo caso di vendita col patto di ricompra è evidentemente compreso nel n.° 5 dell'art. 1221, e non solamente ciascun erede del venditore nella specie dell'acquirente non potrebbe essere condannato per lo intero, ma non può anche esser convenuto oltre la sua parte, salvo l'azione per lo intero contro quello a cui è spettata la cosa col di-

vidersi l'eredità. Si è qui perfettamente abbracciata in ogni punto la dottrina di Pothier, mentrechè trattando delle obbligazioni *divisibili* ed *indivisibili*, fu troncata, autorizzando *l'azione per lo intero contro ciascun erede del debitore* in casi in cui l'obbligazione non è indivisibile, secondo la intenzione de' contraenti e stante la natura medesima della cosa che ne forma l'oggetto, se non per riguardo al pagamento soltanto. Si fece anche di più, ora chiamando *indivisibili* queste medesime obbligazioni (art. 1218 c. c. = *1171 ll. cc.*), ed ora riguardandole come divisibili (art. 1220 e 1221 c. c. = *1173 e 1174 ll. cc.* insiem combinati). In fine nel considerarle sotto quest'ultimo rapporto, si accordò l'azione per lo intero contro ciascun erede, senza riservare a chi sia convenuto per l'intero debito il dritto di chiamare in giudizio i suoi coeredi, mentrechè questa facoltà gli fu espressamente concessa nelle obbligazioni indivisibili. E siccome quest'erede pretenderà, e potrà pretendere in fatti, che sia tenuto di una obbligazione indivisibile, secondo l'art. 1218 c. c. = *1171 ll. cc.*, ed in conseguenza che abbia il dritto attribuito dall'art. 1225 c. c. = *1178 ll. cc.* al convenuto per intero in queste specie di obbligazioni, risulta da ciò un'antinomia nella legge la quale ci sembra insolubile, se il dritto di *procedere per lo intero*, che il creditore può sperimentare contra ciascun erede nei casi del n.° 5 dell'art. 1221, induce seco necessariamente il dritto di far *condannare per lo intero* l'erede convenuto,

benchè dimandasse di chiamare in giudizio i suoi coeredi, e non fosse il solo che, stante la natura dell'obbligazione, potesse eseguirla. Questi dubbj non esistevano nelle antiche regole.

301. Ma noi non crediamo che debb'essere così: tostochè gli eredi di un debitore a titolo di deposito, di mutuo, di locazione o di pegno, il quale abbia fatto perir la cosa per colpa sua, sono tenuti de' danni ed interessi ciascuno per la di lui parte ereditaria soltanto, giacchè non sono succeduti ciascuno alla sua obbligazione se non per la loro parte; parimenti gli eredi di chi aveva promesso una cosa indeterminata, come un cavallo in generale, e che sia morto senz'averla consegnata, non debbono esser similmente tenuti se non per la loro parte ereditaria. E se ciascuno di essi può essere convenuto per lo intero, secondo il testo dell'art. 1221 c. c. = *1174 ll. cc.*, deve almeno dividersi la condanna, qualora l'erede convenuto per lo intero chiami in giudizio i suoi coeredi. Ed anche nel caso di vendita di un corpo determinato appartenente al venditore, come un fondo, se il compratore agisca prima di dividersi l'eredità, non può convenire ciascun erede del venditore se non per la di lui parte ereditaria, in conformità dall'art. 1672 c. c. = *1518 ll. cc.* Dopo la divisione, può convenire per lo intero l'erede nella cui porzione è caduto il fondo, e gli altri per la loro porzione ereditaria soltanto. Tal'è, il crediamo, lo spirito generale della legge; tal'era puranche il parere di Molineo e di Pothier,

dai cui scritti i compilatori del Codice attinsero le disposizioni che regolano la materia, e non è verisimile che essi abbiano voluto totalmente allontanarsi dalla dottrina di quegli autori.

Ove si opponesse che la divisione della condanna farà che il pagamento avrà luogo parzialmente, contra l' intenzione de' contraenti, risponderemmo che sarebbe così avvenuto nelle antiche regole. Risponderemmo pure che i diversi eredi potranno essere condannati ai danni ed interessi verso il creditore, pel nocumento che potesse cagionargli la mancanza di pagamento per lo intero; che niuno di essi potrà offrire la sua parte soltanto; che le offerte che ne facesse non arresterebbero il corso degl'interessi, anche per la sua quota, se il debito producesse interessi; che esse non purgherebbero la mora in cui fosse stato egli costituito, ed in conseguenza non impedirebbero che la clausola penale avesse il suo pieno ed intero effetto, qualora si fosse stipulato una penale. Ma ciascuno di essi non dovrebbe nulladimeno esser tenuto del debito, degl' interessi o de'danni ed interessi e della penale se non per la sua parte soltanto, attesochè è succeduto al defunto sol per questa parte, e trattasi dell'inadempimento dell'obbligazione del defunto. Infine nei casi del n.° 5 del nostro art. 1221, ciascun erede potrà essere *convenuto* per lo intero, poichè il testo di questo articolo è positivo, ma senza pregiudizio della facoltà accordata dall' art. 1225 c. c. = *1178 ll. cc.*, come nelle obbligazioni indivisibili, poichè altronde

l'art. 1218 c. c. = *1171 ll. cc.* qualifica in tal modo le obbligazioni di questo medesimo n.° 5. Non vediamo altra guisa di conciliare tra loro le diverse disposizioni del Codice su questi punti, e di porle di accordo colle vere regole.

§ III.

Degli effetti delle obbligazioni indivisibili.

SOMMARIO.

302. *Ciascuno di coloro che contrassero un' obbligazione indivisibile, e ciascun erede di colui che contrasse un' obbligazione di questa specie, ne è tenuto per lo intero.*

303. *Spiegazione di Pothier sugli effetti generali dell' obbligazione indivisibile fra gli eredi del debitore.*

304. *L'erede convenuto per lo intero può chiamare in giudizio i suoi coeredi per far dividere la condanna ai danni ed interessi, ammenochè, stante la natura del debito, non potesse egli solo soddisfarlo secondo il tenore del contratto.*

305. *Anche in questo caso, può chiamarlo, ma soltanto per far pronunziare sopra il suo regresso in garantia nella medesima istanza.*

306. *Diversi casi di obbligazioni indivisibili da eseguirsi dagli eredi del debitore.*

307. *L' erede nella cui porzione è caduto il fondo che il defunto gravò di una servitù, può essere condannato a soffrirne l' esercizio.*

308. Secus *nel caso in cui questo fondo spettasse all' erede, supponendo che costui non avesse acconsentito alla convenzione del defunto: allora non sarebbero dovuti se non i danni ed interessi: conseguenza.*

309. *Caso in cui il defunto erasi obbligato a far avere a qualcuno una servitù sul fondo di un terzo.*

310. *Caso in cui aveva promessa una servitù sopra un suo fondo il quale è ancora posseduto in comune dai suoi eredi allorchè lo stipulante vuol procedere.*

311. *Caso infine in cui più non potendo eseguirsi l' obbligazione secondo il suo tenore, non avvi più luogo che ai danni ed interessi.*

312. *Testo dall' art.* 1224 *c. c. circa all' estensione de' dritti di ciascun erede del creditore di un' obbligazione indivisibile.*

313. *Ciascuno di essi non altro può dimandare se non la sua parte nei danni ed interessi.*

314. *Spiegazione di una disposizione del suddetto articolo.*

315. *La medesima non può oggidì applicarsi a tutti i casi di obbligazioni indivisibili: in qual senso debbe intendersi questa disposizione in talune di siffatte obbligazioni.*

316. *Rimessione ad un numero precedente circa alla prescrizione nelle obbligazioni di questa specie.*

302. Ciascuno di coloro che hanno contratto congiuntamente un debito indivisibile, è tenuto per l'intero, ancorchè l' obbligazione non sia stata contratta solidalmente; art. 1222 c. c. = *1175 ll. cc.*

Avvien lo stesso degli eredi di chi abbia contratto una simile obbligazione; art. 1223 c. c. = *1176 ll. cc.*

303. Pothier ha perfettamente sviluppato, sulle tracce di Molineo, gli effetti dell' obbligazione indivisibile propriamente detta. Ecco le sue parole:

« Siccome i debitori di un debito indivisibile debbono l'intero soltanto a causa della qualità della cosa dovuta, la quale non è capace di parti, se l' obbligazione primitiva si converta in obbligazione secondaria di una cosa divisibile, ciascuno di questi debitori non ne sarà tenuto che per la sua rispettiva parte. »

« Allorchè, egli dice ancora, il debito sia indivisibile, ciascun erede del debitore essendo debitore della cosa intera, ne risulta che si può

« istituire la dimanda contro ciascun erede per la « cosa intera. Ma siccome non è debitore *totaliter*, « siccome lo è soltanto qual erede in parte del de- « bitore, e congiuntamente coi suoi coeredi, segue « da ciò che essendo convenuto in giudizio, può di- « mandare un termine per appellare e porre in cau- « sa i suoi coeredi, e che non dev' essere condan- « nato egli solo se non quantevolte non gli abbia « chiamati in causa. »

304. È questa la disposizione dell' art. 1225 c. c. = *1178 ll. cc.*, così conceputo: « L'erede del de- « bitore, convenuto per l' intero, può dimandare « un termine per chiamare in giudizio i suoi coere- « di; purchè (la quale eccezione Pothier fa poi an- « che al parer suo) il debito non sia di tal natura « che non possa essere soddisfatto se non dall'ere- « de convenuto, il quale in tal caso può essere egli « solo condannato; salvo il regresso per la sua in- « dennità contra i coeredi. » Ed avviene assolutamente lo stesso del caso in cui il debito sia indivisibile fra molti debitori originarj obbligati congiuntamente, ma senza solidalità.

Così, quando il debito non sia di natura tale da poter essere soddisfatto unicamente dall'erede o dal debitore ch' è il solo convenuto per l'adempimento della intera obbligazione, ed il reo chiami in giudizio i suoi coeredi o condebitori, la condanna non vien pronunciata contra di lui soltanto, ma lo è pure contra gli altri. E siccome il debito non è solidale, questa condanna dev' essere pronunciata se-

paratamente, per la parte di ciascuno, o che l'obbligazione possa eseguirsi secondo il suo tenore per tutti, o che per qualche circostanza particolare non essendo possibile la cosa, ovvero non richiedendola il creditore, avvi luogo ai danni ed interessi: allora questi danni ed interessi, come cosa divisibile, debbono ripartirsi fra tutti gli eredi, in proporzione delle loro quote ereditarie, o fra i debitori per la loro rispettiva porzione. In questo caso non si applica la regola *subrogatum sapit naturam rei in cujus locum subrogatum est*; imperocchè è evidente che i danni ed interessi subentrano qui alla cosa che formava la materia dell'obbligazione, e nondimeno benchè ciascun erede del debitore fosse tenuto dell'intero debito, non potendo dovere una parte soltanto in una cosa che si suppone non essere capace di parti (art. 1217 c. c. = *1170 ll. cc.*), e che a questo titolo il reo abbia potuto essere convenuto per lo intero, nondimeno non subisce la condanna per questi medesimi danni ed interessi se non per la sua porzione, se altronde siasi valso della facoltà che gli accordava la legge di porre in causa i suoi coeredi o condebitori, giacchè il debito non era di natura tale da non poter essere soddisfatto che da lui.

Ed in effetti era tenuto di questo intero debito *ex necessitate*, e non a motivo della sua obbligazione personale, o della sua qualità di erede, poichè non si era obbligato egli solo, ma congiuntamente con altri e senza solidalità, o per essere suc-

ceduto al debitore in parte soltanto: or quando sparisce tale necessità, quando la condanna ha luogo pei danni ed interessi, siccome i medesimi, che consistono in una somma, sono cosa divisibilissima, si rientra allora nei casi ordinarj, e ciascun erede o debitore messo in causa non deve sopportarne che la sua parte.

305. Bisogna purtuttavolta notare che quantunque l'art. 1225 c. c. = *1178 ll. cc.* sembri non accordare all'erede convenuto per lo intero la facoltà di dimandare un termine per chiamare in giudizio i suoi coeredi, purchè il debito non sia di tal natura che non possa essere soddisfatto se non da lui solo, nondimeno questa eccezione alla regola generale deve intendersi nel senso che egli non possa in simil caso chiamarli per far dividere la condanna tra essi e lui, ma non vi è altronde alcun ostacolo che possa chiamarli in garantia, qualora gli sia dovuta, a fin di far così pronunziare sul suo regresso nel medesimo giudizio, e soprattutto per prevenire ogni controversia da parte loro sull'esistenza del dritto del terzo; imperocchè l'art. 175 c. pr. = *269 ll. pr. civ.* accorda indistintamente a tutti quelli cui è dovuta la garantia un termine per chiamare in giudizio il garante.

306. Circa all'effetto delle obbligazioni indivisibili *in dando* o *in faciendo*, per riguardo agli eredi del debitore, Pothier, secondo Molineo, distingue tre casi.

O il debito, egli dice, n.° 332, è di natura

tale da non poter essere soddisfatto se non dall' erede convenuto ;

O è di natura tale da poter esser soddisfatto separatamente , sia da chi vien citato, sia da ciascun suo coerede ;

O infine è di natura tale da non poterlo essere se non da tutti congiuntamente.

Può anche presentarsi un altro caso , quello in cui l' obbligazione non è più capace di esecuzione, ed in cui essa si è convertita in quella di pagare i danni ed interessi : come quando il defunto erasi incaricato di un mandato che non ha eseguito , e sia da ciò risultato un danno pel mandante , per esempio il non aver rinnovato una iscrizione ipotecaria in tempo utile.

307. Puossi addurre per esempio del primo caso il debito di una servitù che il defunto promise sopra un suo fondo il quale nel dividersi la eredità è pervenuto ad un suo erede contro di cui vien formata la dimanda. È questo il caso dell' eccezione preveduta nel nostro art. 1225 c. c. = *1178 ll. cc.*

308. Ma se il fondo sul quale egli promise questa servitù appartenesse all'erede convenuto, il quale non ha aderito alla convenzione, questo erede, quantunque potesse egli solo eseguirla, non dovrebbe pur tuttavolta esser condannato che ai danni ed interessi , se non volesse soffrire l' esercizio della servitù ; e qualora chiamasse in giudizio i suoi coeredi, non dovrebbe esser condannato se non per la sua quota, giacchè non nella sua qualità di erede e *propter*

hereditatem potrebbe egli solo eseguire l' obbligazione del defunto: or nella supposizione appunto di tal caso è conceputa la disposizione eccezionale di questo articolo, come sopra lo abbiamo già detto, n.i 265 e 285, nella specie di una vendita fatta dal defunto della cosa di un suo crede senza costui partecipazione, e dove in sostegno di tal parere citiamo la l. 86, § 3, ff. *de legatis 1.°*, e Pothier n.° 303 del suo trattato *delle Obbligazioni*. E se l' erede consentisse all' esercizio della servitù, avrebbe dritto ad una indennità da parte de' suoi coeredi, avuto riguardo alla diminuzione di valore del suo fondo.

309. Puossi addurre per esempio del secondo caso quello in cui il defunto erasi obbligato verso qualcuno a fargli avere un dritto di servitù sul fondo di un terzo; giacchè è cosa possibile, almeno *natura*, agli eredi del debitore lo accordarsi col proprietario del fondo perchè ratifichi lo promessa, aderendo all' esercizio della servitù. Se vi acconsenta, ciascun erede può essere convenuto per lo intero, e tutti possono esserlo congiuntamente. Ma se il creditore si contenti di convenirne un solo, può costui dimandare un termine per chiamare in giudizio i suoi coeredi, ad oggetto di far dividere tra essi e lui la condanna ai danni ed interessi: se l'erede convenuto non si prevalesse di questa facoltà, sarebbe condannato egli solo, e per lo intero, salvo il suo regresso per indennità.

Puossi dire altrettanto delle obbligazioni di fare

una cosa considerata nel contratto come indivisibile, per esempio un teatro, una nave; osservando nondimeno che se il defunto si fosse obbligato solo in qualità di architetto, di operaio o d'intraprenditore, siccome il contratto di locazione di opera è disciolto per la morte dell' operaio (art. 1795 c. c. = *1641 ll. cc.*), non vi sarebbe più luogo ad esaminare in qual modo sieno obbligati i suoi eredi; tranne nondimeno se fosse stato in mora di adempiere la sua obbligazione, il qual caso rientra nella quarta supposizione da noi fatta; e su cui tra poco ci spiegheremo.

310. Pothier adduce come esempio del terzo caso quello in cui sia stata promessa una servitù dal defunto sopra un suo fondo non ancora diviso fra gli eredi nel momento in cui quello al quale essa è dovuta, e che non l'ha ancora esercitata, si propone di formare la sua dimanda: allora, dice questo autore, essi debbono concordarsi per fare il rilascio del dritto, cioè acconsentir tutti che lo stipulante eserciti la servitù (1): se non si accordino, ciascuno può essere convenuto per lo intero, poichè la cosa non è capace di parti, ma quello il quale fosse il solo convenuto avrebbe dritto di chiamare in giudizio i suoi coeredi, e sarebbe anche premura dell' attore, se inclinasse ad ottenere la servitù piuttosto che i danni ed interessi, il chiamarveli, affinchè la sentenza fosse obbligatoria per

(1) *V.* le ll. 2, ff. *de servit.*, e 18, ff. *commun. prædior. tam urb. quam rust.*

essi, nel caso in cui il fondo spettasse loro per effetto della divisione o di un incanto; giacchè altrimenti in virtù dell'art. 883 c. c. = *803 ll. cc.* e 474 c. pr. = *538 ll. pr. civ.* insiem combinati, potrebbero pretendere che non sono stati parti nè presenti nè rappresentate nel giudizio, ed in conseguenza che hanno dritto di produrre opposizione di terzo alla sentenza.

Del resto i coeredi chiamati in giudizio o intervenienti i quali dichiarassero di non opporsi all'esercizio della servitù, non dovrebbero esser condannati a' danni ed interessi, nè a spesa alcuna; giacchè, dicono Molineo e Pothier su questo caso, chi offre non è in mora.

Nondimeno essi modificano la loro opinione nel caso in cui fosse stipulata una penale non adempiendosi alla promessa: allora la contravvenzione di un solo farebbe incorrer tutti nella penale; il contravventore per lo intero, e gli altri per la rispettiva porzione, salvo il loro regresso. Questi ultimi ne sarebbero tenuti *tamquam ex eventu conditionis*; e tale è la disposizione dell'art. 1232 c. c. = *1185 ll. cc.* Torneremo a parlare di ciò.

311. In fine sulla quarta ipotesi, quella in cui l'obbligazione indivisibile nell'aspetto in cui fu considerata non sia più capace di esecuzione da parte degli eredi del debitore; puossi offrire per esempio il caso nel quale erasi costui incaricato di un mandato che non poteva utilmente adempirsi pel mandante se non in un certo tempo ch'egli lasciò tra-

scorrere senza eseguirlo; il caso pure nel quale un architetto o un artista la cui abilità particolare fu la considerazione principale del contratto sia stato in mora di eseguire la sua obbligazione, che in effetti non è stata eseguita.

In questi ed altri analoghi casi, qualora si stia alle disposizioni degli art. 1217, 1222 e 1223 c. c. = *1170, 1175 e 1176 ll. cc.* insiem combinati, il creditore può convenire per lo intero ciascun erede del debitore; ma parimenti confrontando con questi medesimi articoli l'art. 1225 c. c. = *1178 ll. cc.*, l'erede convenuto per lo intero ha dritto di chiamare in giudizio i suoi coeredi, non unicamente in ragione della garantia che gli fosse dovuta e per far pronunziare su tale garantia nella medesima causa, giacchè tale non è il senso di questo articolo, ma per far dividere tra essi e lui la condanna ai danni ed interessi, sola cosa che nella specie possa pretendere il creditore. In fatti l'erede convenuto non è il solo che, stante la natura del debito, possa soddisfarlo: non lo può viemaggiormente degli altri, il che rende in conseguenza applicabile la principale disposizione di questo articolo.

Che se il creditore, basandosi sul motivo che l'obbligazione di cui trattasi in questi casi si trova compresa nel n.° 5 dell' art. 1221 c. c. = *1174 ll. cc.*, pretendesse aver dritto di convenire ciascun erede per lo intero, senza che l'erede convenuto potesse mettere in causa i suoi coeredi per far dividere la condanna ai danni ed interessi, attesochè siffatto articolo non

istabilisce questa facoltà, gli si risponderebbe con ciò che si è detto sopra tale punto nel paragrafo precedente, e ch'è inutile di qui ripetere.

In fine se gli eredi medesimi sostenessero, come lo avrebbero al certo potuto nelle antiche regole, che essendo succeduti al defunto soltanto ciascuno per una parte, non possa ciascuno esser convenuto se non per questa parte, si direbbe loro che il Codice in tal punto ha evidentemente modificato il dritto antico. Ed in effetti l'art. 1221 non permette il menomo dubbio a questo riguardo; imperocchè è indubitato che le obbligazioni ora in esame son comprese in quelle di cui parla il n.° 5 di questo articolo, e sono altronde simili a quelle che l'art. 1218 c. c. = *1171 ll. cc.* qualifica indivisibili: or nelle obbligazioni indivisibili ciascun debitore o ciascun erede del debitore può essere convenuto per lo intero e deve anche esser condannato per lo intero se non si valga della facoltà concessa dall'art. 1225 c. c. = *1178 ll. cc.*

312. Vediamo ora gli effetti dell'obbligazione indivisibile per riguardo ai diversi creditori, o ai diversi eredi del creditore.

Secondo l'art. 1224 c. c. = *1177 ll. cc.*, « ciascun « erede del creditore può esigere l'intera esecuzione « della obbligazione indivisibile.

« Non può egli solo rimettere il debito intero, « nè ricevere il prezzo invece della cosa. Se un solo « fra gli eredi abbia rimesso il debito, o ricevuto « il prezzo della cosa, il coerede non può altri-

« menti dimandare la cosa indivisibile, che scontan-
« do la porzione di colui che rimise il debito, o
« ricevè il prezzo della cosa ».

Si comprende che avvien lo stesso in tutti questi casi riguardo all' obbligazione indivisibile contratta a favore di più persone in origine, per esempio se mai siasi promessa una servitù a due comproprietarj del medesimo fondo.

313. Ma se per effetto dell'inadempimento *in specie* dell' obbligazione indivisibile, questa obbligazione si convertisse in danni ed interessi, l'attore non altro può pretendere che la sua parte nella somma; l. 25, § 9, ff. *familiæ erciscun.* Per esempio, se egli è comproprietario per tre quarti dell'immobile a favore del quale siasi promesso un dritto di servitù, e si contenti de' danni ed interessi, o sia forzato di contentarsene perchè il suolo su cui fu promessa la servitù appartenesse al debitore, ha dritto soltanto ai tre quarti della somma a cui fosse stimata l' indennità.

Sarebbe lo stesso se devenisse ad amichevole combinazione per la servitù; ma tale convenzione non meno che la rimessione della servitù non dovendo pregiudicare ai dritti del comproprietario o coerede, costui potrebbe ancora reclamarla, se fosse stata promessa sopra un suolo appartenente al debitore.

314. Purnondimeno ove si applicasse a questo caso la disposizione dell' art. 1224 c. c. = *1177 ll. cc.*, egli non lo potrebbe che coll'obbligo di scontare al debitore la porzione del coerede nel prezzo

della servitù, rimessa a titolo oneroso o gratuito; e tale era in fatti la dottrina di Molineo, il quale così esprimevasi su questo caso: *Stipulator servitutis reliquit duos heredes, quorum unus accepto fecit promissori; debet alteri heredum totam servitutem, sed non totaliter, utpote deducenda estimatione dimidiæ partis. Sed cujus est electio? breviter dico creditoris, videlicet alterius heredis, quia coheres etiam vendendo et pretium recipiendo nocere ei non potuit, nisi in refusione pretii, si hic heres noluit jus suum vendere: igitur gratis remittendo non potest in plus nocere. Molin. pag. 3,* n. 189. E con queste parole *nisi in refusione pretii* bisogna intendere la porzione di chi fece la remissione o la vendita nel prezzo della servitù, in proporzione del suo dritto nel fondo dominante. Ben si vede che dovrebbe avvenir lo stesso nel caso in cui il debitore fosse divenuto erede di uno di quelli a cui era dovuto la servitù, e *vice versa* del caso in cui uno de' medesimi fosse divenuto erede del debitore.

315. Ma circa a questa obbligazione per quell' erede che reclama la servitù dopo la vendita o rimessione fattane dal suo coerede, di scontare al debitore la porzione di quest' ultimo nel prezzo o stima della cosa dovuta, le regole moderne intorno al modo con cui si stabiliscono le servitù richiedono una distinzione che non esigeva l' antico dritto, e che Molineo perciò non fece.

Primieramente è indubitato che se la servitù fosse rimessa da quell' erede a cui per divisione o incanto

è pervenuto il fondo pel quale era stata promessa, tutto sarebbe terminato a tal riguardo. Essendo questo erede, giusta l'art. 883 c. c. = *803 ll. cc.*, riputato solo ed immediato successore dell'immobile, e che il suo coerede non vi abbia mai avuto dritto, non competerebbe più a costui azione circa a tale servitù. E sarebbe indifferente che si fosse o pur no esercitata prima della divisione o dell' incanto: oggidì, secondo gli art. 711 e 1138 c. c. = *632 e 1092 ll. cc.*, per argomento, la servitù grava il fondo tostochè è stata regolarmente promessa, secondo ciò che dimostrammo nel tomo IV, n.° 490, e nel tomo V, n.° 472. Talmentechè non devesi or fare più differenza tra il caso dalla semplice promessa di una servitù non ancora esercitata o consegnata in un modo qualunque, ed il caso di una servitù imposta con una quasi tradizione, rilascio o esercizio del dritto, tra la servitù *tantum promissam*, e la servitù *impositam seu constitutam*. In tutti i casi la servitù gravita il fondo tostochè è stata validamente concessa: donde segue che l'erede a cui è pervenuto l'immobile lo ha ricevuto dal defunto col dritto di servitù, e che il coerede non ha avuto alcun dritto circa alla promessa riguardante questa medesima servitù. Il dritto del defunto non era un semplice dritto di credito, come nelle antiche regole finchè la servitù non fosse ancora imposta sul fondo con una tradizione qualunque; ma era un dritto reale, formante parte del suo dritto di proprietà sopra il suo stabile, ed unicamente ciò ha

egli trasmesso; però non lo ha trasmesso che a quello al quale questo medesimo immobile è pervenuto per effetto della divisione o dell'incanto.

Sarebbe stato parimenti nella nostra antica giurisprudenza se la servitù si fosse già esercitata dal defunto: egli avrebbe trasmesso ai suoi eredi non un semplice credito circa a quest'oggetto, ma il suo fondo col dritto di servitù che vi era inerente; imperocchè la regola dell'art. 883 c. c. = *803 ll. cc.* esisteva benanche nella nostra antica giurisprudenza.

Ma, ed appunto in questa ipotesi ragionava Molineo, se la servitù fosse semplicemente stata promessa al defunto, se gli fosse semplicemente stata dovuta, se non ancora erasi esercitata al momento della sua morte, in somma fosse divenuta una *qualità* del suo fondo; il suo dritto sarebbe stato un semplice credito; e la remissione di questo credito al debitore fatta da un suo erede non avrebbe al certo impedito al coerede di esercitare l'azione per lo intero, a causa dell'indivisibilità della cosa, ma non lo avrebbe potuto che coll'obbligo di scontare al debitore la porzione del suo coerede nella stima del dritto, salvo a farsene anch'egli tener ragione da costui sull'azione di divisione, profittando quest'ultimo della servitù come se non se ne fosse fatta rimessione.

Invece che presentemente, quando anche la servitù non si fosse esercitata prima della morte del creditore, sosteniamo che quel suo erede a cui è per-

venuto il fondo potrebbe reclamarla, senz'essere obbligato a tal uopo di rimborsare cosa alcuna al terzo per la rimessione fatta dal suo coerede. La disposizione dell' art. 1224 c. c. = *1177 ll. cc.* circa al rimborso, non sarebbe applicabile a questo caso: l' art. 883 c. c. = *803 ll. cc.* vi si opporrebbe, salvo al terzo d' intervenire nella divisione per conservare i suoi interessi, e salvo pure, se vi fosse luogo, il suo regresso contro quello il quale gli ha fatto la rimessione della servitù, di cui sarebbe costretto a soffrire l' esercizio.

Questo rimborso non potrebbe richiedersi se non nel caso in cui l' erede estraneo alla rimessione esercitasse l' azione riguardante la servitù prima di dividersi l' eredità: allora crediamo in fatti che dovrebbe scontare al debitore la porzione del coerede nella stima di questa servitù, avuto riguardo alla costui parte nel fondo comune; salvo a farsi anch' egli tener ragione da quest' ultimo di ciò che fosse stato costretto di sborsare a tal riguardo. Del resto non si starebbe necessariamente al prezzo che avesse pagato il debitore per farsene rimborsare: se questo prezzo fosse troppo alto, si farebbe la stima a tenore della plusvalenza che la servitù desse al fondo dominante, e non a tenore della diminuzione di prezzo che cagionasse al fondo serviente. Imperocchè questa plusvalenza soltanto è quella che riguarda l' erede o comproprietario il quale vuole la servitù pel fondo comune.

E non soltanto nei casi di servitù dovuta ad una

persona che abbia lasciato più eredi è applicabile la disposizione del nostro art. 1224 c. c. = *1177 ll. cc.*, nella facoltà che accorda ad una di questi eredi di esigere la cosa indivisibile, non ostante la rimessione fatta dal coerede del suo dritto in questa cosa, o la quietanza da lui rilasciata al debitore mediante un prezzo; ma si applica puranche ai casi in cui l'obbligazione è di far qualche cosa considerata come indivisibile dai contraenti, per esempio un teatro, una casa, nonchè alle obbligazioni di dare un corpo certo o indeterminato non capace di divisione naturale, come il tale cavallo o un cavallo in generale. Ma in qual senso è mai applicabile? Lo è, secondo dice l'articolo, coll'obbligo per l'erede che richiede l'esecuzione dell'obbligazione, di scontare al debitore la porzione del coerede che gli ha fatto la rimessione o che ha ricevuto il prezzo: cioè che potrà dimandare di costruirsi il teatro o la casa, ovvero di consegnarsi il cavallo, affinchè abbia nella cosa una parte in proporzione della sua quota ereditaria, ed il debitore il resto, come surrogando l'erede che gliene ha fatto la rimessione. La comunione che fosse esistita fra gli eredi esisterà fra uno di essi ed il debitore, e ciò è tutto. In tal modo si sconterà a quest'ultimo la porzione del coerede che ha fatta la rimessione o ricevuto il prezzo, ma non gli si dovrà sborsare alcuna somma per questa porzione; salvo il caso di convenzioni fra le parti.

316. Circa alla prescrizione in materia di obbli-

gazioni o di dritti indivisibili, ne abbiam parlato più sopra, n.° 266 e seguente.

SEZIONE VI.

Delle obbligazioni con clausola penale.

SOMMARIO.

317. *Definizione della clausola penale.*
318. *Può essere convenuta in ogni specie di obbligazione.*
319. *Divisione generale della materia.*

317. L'interesse che ha il creditore in costringere il debitore col timor di una penale ad adempiere alla di lui obbligazione, e la difficoltà che spesso ei soffrirebbe in istabilire il valore de' danni ed interessi che gli fossero dovuti per l'inadempimento dell'obbligazione (1), fecero introdurre la clausola penale. Il Codice (art. 1226 c. c. = *1179 ll. cc.*) la definisce « una clausola colla quale una « persona, per assicurare l'adempimento di una « convenzione, si obbliga a qualche cosa nel caso « d'inadempimento ».

Essa dispensa quindi il creditore dallo stabilire il danno da lui sofferto per l'inadempimento dell'obbligazione; è, come lo dice l'art. 1229 c. c. = *1182 ll. cc.*, prima parte, la compensazione de'dan-

(1) *Plerumque difficilis probatio est quanti cujus interest*; l. 11, ff. *de probat.*

ni ed interessi, vale a dire che n' è la fissazione e che ne fa le veci (1).

318. La penale ordinariamente consiste in una somma; e per lo più viene stipulata (a) per assicurare l' adempimento di una obbligazione di fare o pur no qualche cosa. Ma può eziandio esser convenuta in una obbligazione di dare, e consistere in cosa diversa da una somma, anche in cosa del tutto indivisibile: per cui il suddetto art. 1226 dice in modo generale che con questa clausola il debitore si obbliga a *qualche cosa* in caso d'inadempimento.

319. Dovremo vedere intorno alla clausola penale:

1.° Qual sia la natura di questa clausola ed i suoi effetti tra le parti;

2.° Quali sieno i suoi effetti per riguardo agli eredi del debitore, o che l' obbligazione principale sia divisibile, o che sia indivisibile.

---

(1) *In hujusmodi stipulationibus quæ quanti res est promissionem habeat, commodius est certam summam comprehendere. Dicta lege* 11, e § 7, Instit. *de verb. oblig.*

(a) Le disposizioni penali dei testatori proibite da Antonino Pio, ed ammesse da Giustiniano nella legge 1, *Cod. de his quæ pœnæ nomine* si confondono colle disposizioni condizionali, di cui nei precedenti volumi ottavo e nono si è trattato. Si può all' oggetto riscontrare Merlin nel Repertorio, parola *Pena testamentaria.* Trad.

§ I.

Della natura della clausola penale, e quali sieno i suoi effetti fra le parti.

SOMMARIO.

320. *L'obbligazione penale è un' obbligazione secondaria, condizionale per natura sua.*

321. *Essa non altera in alcun modo l' obbligazione principale.*

322. *Non bisogna confonderla colla clausola mediante cui taluno si sottomettesse a fare o a dare la tale cosa, nel caso in cui non facesse o non desse la tale altra, e che chiamasi obbligazione* facoltativa: *sviluppamenti, e specie desunta dal dritto romano.*

323. *Continuazione ed altra specie ricavata dal medesimo dritto.*

324. *Differenza dell' obbligazione con clausola penale, dall'obbligazione alternativa.*

325. *Esempio di una vera obbligazione con clausola penale, tratto dalla legge 122, § 2, ff.* de verb. oblig.

326. *Altro esempio desunto dalla l. 71, ff.* pro socio.

327. PRIMA REGOLA: la nullità dell' obbligazione principale produce quella della clausola penale. *Esempio.*

328. *Ma se l' obbligazione principale, nulla per riguardo all' oggetto, potesse nondimeno dar luogo a danni ed interessi, a causa del dolo del debitore, la clausola penale sarebbe valida.*

329. *Le clausole penali inserite in promesse di matrimonio sono senza effetto.*

330. *È valida la clausola penale aggiunta ad una stipulazione fatta per altri, e stipulata per sè.*

331. *In senso inverso, la promessa di una penale aggiunta alla promessa del fatto di un terzo è valida puranche, quantunque non siasi garantito il terzo.*

332. *Si può del pari unir validamente una clausola penale ad un atto di conferma di un' obbligazione nulla, ma che poteva essere confermata.*

333. *Continuazione della proposizione, e distinzione circa al mo-*

do in cui è stato conceputo il secondo atto, per gli effetti che deve produrre.

334. *Seconda regola*: la nullità della clausola penale non produce quella dell' obbligazione principale. *Sviluppamenti ed esempio.*

335. *Terza regola*: il creditore può agire per l' adempimento dell' obbligazione principale, in vece di dimandare la penale.

336. Vice versa, *allorchè siasi incorso nella penale, il creditore può dimandarla, invece di agire per l' adempimento dell' obbligazione principale.*

337. *Applicazione a diverse obbligazioni della regola che può il creditore, trascurando la penale, agire per l'adempimento dell'obbligazione principale.*

338. *Casi nei quali è nondimeno obbligato di contentarsi della penale.*

339. *Se il creditore possa dimandare danni ed interessi al di là della penale, offrendo di provar chiaramente di aver sofferto un maggior danno dall' inadempimento dell' obbligazione; e* vice versa *se possa il debitore far ridurre la penale, provando di essere eccessiva per riguardo al danno cagionato coll'inadempimento dell'obbligazione.*

340. *Discussione della prima controversia e scioglimento per la negativa, nel dritto attuale.*

341. *Scioglimento della seconda quistione, anche per la negativa.*

342. *Modificazione pel caso in cui la clausola penale convenuta in una obbligazione di somma o di cose fungibili, fosse un'usura celata.*

343. *Quarta regola*: il creditore non può dimandare la cosa principale e la penale, quando questa non sia stata stipulata per la semplice mora. *Applicazione della regola.*

344. *E dell'eccezione, cioè quando la penale siasi stipulata per la semplice mora.*

345. *Confronto dell' art. 1229 coll' art. 2047 c. c., il quale dispone che si può aggiungere una penale ad una transazione contro colui che mancherà di adempierla: testi del dritto romano, discussione e conciliazione.*

346. *Le medesime risoluzioni e distinzioni applicate agli atti di conferma o di ratifica consentiti con clausola penale.*

347. *Ed alle divisioni.*

348. *Ma la clausola penale aggiunta ad un atto di divisione non lo garantirebbe contra l'azione di rescissione per lesione oltre il quarto, se questa lesione esistesse.*

349. *Effetto della clausola penale aggiunta ad un compromesso contro chi mancherà di eseguire la sentenza arbitrale.*

Digitized by Google

350. *Come debba procedere il creditore allorchè scelga per la penale nei casi ordinarj in cui ha soltanto la scelta.*

351. *Quinta regola*: non s' incorre nella penale se non quando il debitore sia in mora di adempiere la sua obbligazione. *Testo dell' art. 1230 c. c.*

352. *La semplice fissazione di un termine non basta per far incorrere nella penale il debitore il quale non ha eseguito nel giorno determinato: dritto romano ed antica giurisprudenza su questo punto.*

353. *Continuazione e confronto di queste due legislazioni con quella del Codice civile, e quando il debitore debba la penale secondo il Codice.*

354. *Il debitore per dritto comune non è obbligato a fare il pagamento presso il creditore o presso un terzo: conseguenza circa alla penale.*

355. *E generalmente il debitore che paga od offre di pagare sulla intimazione o altro atto che gli è notificato, evita l'effetto della costituzione in mora, e per conseguenza la penale.*

356. *Allorchè per fatto del creditore non ha il debitore eseguita l'obbligazione, non vi è luogo alla penale.*

357. *Nè quando per forza irresistibile l'obbligazione non sia stata eseguita.*

358. *Sesta regola*: la penale può modificarsi dal giudice, quando l'obbligazione sia stata in parte adempiuta. *Sviluppamenti: casi nei quali la penale* deve *essere ridotta; e caso in cui* può *esserlo.*

359. *Il termine concesso dal giudice al debitore non impedisce che s' incorra nella penale stipulata per la semplice mora.*

360. *La regola che la penale deve o può essere ridotta quando l'obbligazione sia stata in parte adempiuta, si applica pure al caso della promessa fatta per un terzo che l' ha in parte adempiuta.*

361. *Quando la penale siasi stipulata per la semplice mora, il maggiore o minore indugio posto dal debitore in adempiere alla sua obbligazione è indifferente per ciocchè riguarda la penale: non vi è luogo a ridurla.*

362. *Applicazione della regola alle obbligazioni di fare una certa opera che sia stata eseguita soltanto in parte.*

363. *Ed alla promessa di un dritto di servitù.*

364. *E ad altri casi in cui ciocchè costituisse la penale fosse puranche qualche altra cosa perfettamente indivisibile.*

365. *Effetti della riserva fatta dal creditore, ricevendo un pagamento parziale, che la penale non sarà meno dovuta in totalità per l' inadempimento del resto dell' obbligazione.*

320. L'obbligazione penale è un'obbligazione secondaria, condizionale per natura sua, giacchè la penale è dovuta sol quando non sia fatta o data la cosa che forma l'obbligazione principale.

321. Essa non altera in alcun modo questa obbligazione; altrimenti anzichè essere stipulata per assicurarne l'esecuzione, sarebbe al contrario convenuta per prevenirne l'adempimento, o farne le veci; il che non è: donde segue che può il creditore, trascurando la penale, agir per l'adempimento dell'obbligazione principale; art. 1229 c. c. = *1182 ll. cc.*

322. Laonde non bisogna confondere con l'obbligazione penale il caso in cui taluno, obbligandosi di fare o non far qualche cosa, si sottomettesse a pagare una certa somma in caso d'inadempimento (a), nell'intenzione che allora dovrebbe soltanto questa somma. In tal caso l'obbligazione non sarebbe con clausola penale, ma sarebbe del numero di quelle che chiamansi *facoltative*, non già nel senso che dipenderebbe dal debitore di essere oppur no obbligato, giacchè allora non vi sarebbe effettivamente obbligazione, non vincolo di dritto (art. 1174 c. c. = *1127 ll. cc.*), ma nel senso che il debitore obbligato a fare o a non fare la tale cosa, potrebbe liberarsi pagando la somma.

(a) L'obbligazione apposta in un mutuo di pagarsi usure maggiori, nel caso che quelle convenute non si prestassero con esattezza, è pure diversa dalla clausola penale, dappoichè, secondo l'espressioni di

Esaminando l'art. 1152 c. c. = *1106 ll. cc.*, nel tomo precedente, n.° 482 e seguenti, notammo già tale differenza. Secondo questo articolo, « quando « la convenzione stabilisca che colui il quale man- « cherà di eseguirla debba pagare una determi- « nata somma a titolo di danni ed interessi, non « può concedersi all'altra parte una somma mag- « giore o minore ». Dicemmo che siffatta clausola produce in generale gli effetti della clausola penale; imperocchè siccome in quest' ultima la somma convenuta in caso d'inadempimento dell' obbligazione sta invece de' danni ed interessi che fossero mai dovuti al creditore; nell'una e l'altra clausola, se l'obbligazione sia stata eseguita in parte, è in facoltà del giudice di ridurre la somma convenuta, e non può la medesima dimandarsi se non quando il debitore sia in mora di adempiere la sua obbligazione: nei due casi non è lecito al creditore dimandare la cosa principale e la somma o la penale, ammenochè non si fosse stipulata pel semplice ritardo; la nullità dell'obbligazione principale produrrebbe la nullità della clausola relativa alla somma o alla penale; il debitore sarebbe liberato per effetto della perdita della cosa avvenuta per caso fortuito e prima che fosse in mora, o per effetto della forza irresistibile che gli avesse impedito di fare ciocchè erasi obbligato di fare, o che lo avesse costretto a fare

---

Papiniano nella legge 9, § 1, ff. *de usur.*: *non enim pœna, sed fœnus uberius promittitur.* Trad.

quel che si aveva interdetto; infine il creditore in vece di domandare la somma o la penale, può agire per lo adempimento dell' obbligazione principale. Ma aggiungemmo che se le parti, pattuendo una somma pel caso d' inadempimento dell' obbligazione, abbiano avuto idea di convertire in questa somma l' obbligazione medesima, per una specie di novazione eventuale a volontà del debitore, allora non è più un' obbligazione con clausola penale, ed il creditore deve contentarsi della somma convenuta, quando anche la cosa promessa in modo principale si potesse sequestrare, ovvero si trattasse di un fatto, il quale potrebbe facilmente essere eseguito da un terzo, o di un' obbligazione di non fare una cosa che il debitore avesse fatto e che si potesse distruggere: non è più applicabile l' art. 1228 c. c. = *1181 ll. cc.* L' obbligazione consiste sempre nella cosa o nel fatto promesso in modo principale, ma con facoltà pel debitore di liberarsene mediante il pagamento della somma convenuta.

A tal proposito citammo la l. 44, § 6, ff. *de oblig. et act.*, in cui il giureconsulto Paolo stabilisce chiaramente questa dottrina, abbracciata da Pothier nel suo trattato *delle Obbligazioni*, n.° 341. *Sed si navem fieri stipulatus sum*, dice il testo, *et si non feceris centum: videndum est utrum duæ stipulationes sint, pura et conditionalis, et existens sequentis conditio non tollat priorem; an vero transferat in se, et quasi novatio prioris fiat? quod magis verum est.*

Il giureconsulto dimanda se la stipulazione della somma, fatta pel caso in cui la nave non fosse costrutta, debba considerarsi come un'obbligazione secondaria e condizionale, che non altererebbe in alcun modo l'obbligazione riguardante la costruzion della nave (il che nel dritto romano, come nel nostro, era in generale il requisito predominante dell' obbligazione penale); ovvero se tale obbligazione di costruire la nave fu nell'intenzione delle parti trasformata, *quasi novatione*, in quella che ha per oggetto i cento, nel caso in cui la nave non fosse costrutta? Ed egli opina in quest'ultimo senso. Parla di una *specie* di novazione, *quasi novatio*, e non già di una novazione propriamente detta, giacchè l' obbligazione di costruire la nave preesistè un solo istante di ragione a quella riguardante la somma: mentrechè la novazione ordinaria è l' estinzione di un' obbligazione esistente da più o meno tempo, col sostituirsene un'altra, che la cancella surrogandola. Quindi vi sarebbe stato minor dubbio se fossero sussistiti due atti, giacchè si avrebbe facilmente scorta una novazione nel tempo in cui Paolo scriveva. Nel nostro dritto, in cui si seguì il dettame di Giustiniano, il quale volle che la novazione non potesse mai presumersi (1), vi sarebbe ugualmente minor dubbio nei casi di due convenzioni, ma nondimeno in senso contrario, cioè che per esservi novazione bisognerebbe che la volontà di farla risultasse chia-

(1) L. *ult.*, nel Codice, *de novationibus*.

ramente dal nuovo atto; art. 1273 c. c. = *1227 ll. cc.* Ma noi ragioniamo nella ipotesi di una medesima convenzione, ed in tal caso la quistione offre più dubbj. A tal riguardo, e come il dicemmo nel citato luogo, quando l'intenzione delle parti non apparirà chiaramente dalle parole dell'atto, allora la natura dell'oggetto dell'obbligazione potrà servire ad interpetrare la volontà de'contraenti; ed in generale nelle obbligazioni di fare qualche cosa, siccome il creditore sapeva che non potrebbe costringere il debitore a farla, e costui sapeva puranche che a non altro potrebbe essere condannato se non a danni ed interessi in caso d'inadempimento, si dovrà inclinare a credere essersi inteso convenire una indennità per far le veci dell'obbligazione principale, quantunque essa potesse eseguirsi da un terzo; e viemaggiormente nel caso in cui consistesse in un fatto personale dell'obbligato, poichè in quest'ultima ipotesi, quando anche la clausola fosse veramente penale, il creditore sarebbe obbligato di contentarsi della penale; come tra poco lo dimostreremo. In generale avverrebbe lo stesso eziandio nelle obbligazioni di non fare, soprattutto in quelle di questa specie in cui il creditore non potrebbe far distruggere ciò che si fosse fatto contrariamente all'obbligazione, mentre ciò non sarebbe possibile. Ma nelle obbligazioni di dare, si dovrebbe pendere al contrario a non iscorgere un'obbligazione facoltativa nella clausola, soprattutto quando si trattasse di una cosa che il creditore potrebbe fa-

cilmente farsi consegnare *manu militari*, come un fondo, una casa. In questa congiuntura egli dovè più facilmente calcolare sui mezzi ordinarj di esecuzione, ed in conseguenza aver meno voluto contentarsi della somma, in vece della cosa che forma l'oggetto dell'obbligazione: si reputerà più facilmente di non aver voluto alterare l'obbligazione principale mediante la clausola, ma averla voluto soltanto stipulare nello spirito di una clausola penale, perchè il debitore fosse più indotto, pel timore di una pena, ad eseguire l'obbligazione secondo il suo tenore.

323. Non vi sarebbe alcun dubbio nel caso del § 5 della medesima l. 44, ff. *de oblig. et act.*, in cui il giureconsulto Paolo suppone di essersi fatta una stipulazione in questi termini: *Si ita stipulatus sim:* SI FUNDUM NON DEDERIS, CENTUM DARE SPONDES? *Sola centum in stipulatione sunt, in exsolutione fundus*, e dove dichiara non altro esser compreso nell'obbligazione se non la somma; il fondo poter soltanto servire ad estinguere il debito. Imperocchè in questa specie non avvi effettivamente che un' obbligazione, in vece che nel caso della clausola penale ve ne sono due: una principale o primitiva, l'altra secondaria e condizionale. Nella specie di questa legge, il creditore può dimandare la somma soltanto; ma il debitore ha facoltà di consegnare il fondo per dispensarsi dal pagare tale somma, ed anche per esimersi di doverla. La sua obbligazione circa alla somma è condizionale, cioè pel

caso in cui non consegnasse il fondo. E siccome questo fondo non è compreso nell'obbligazione, siccome figura nella convenzione sol come elemento della condizione, la sua perdita avvenuta anche per caso fortuito, e prima che il debitore fosse in mora, a cagion d'esempio per lo straripamento di un fiume, non dispenserebbe costui di pagar la somma. In vece che se il fondo medesimo formasse l'oggetto dell'obbligazione, e la somma *in solutione tantum*, la perdita del fondo produrrebbe assolutamente l'estinzione del debito. Tale sarebbe il caso in cui un testatore avesse detto: *Lego a Paolo il mio fondo, ma il mio erede potrà pagare in vece la somma di 10,000 franchi.* Tale sarebbe puranche il caso in cui una convenzione esprimesse: *Mi obbligo a consegnarvi la mia casa, ma potrò liberarmi mercè il pagamento di 10,000 franchi.* In questi casi l'obbligazione non sarebbe alternativa, ma semplicemente del numero di quelle che si chiamano *facoltative*, ammenochè dal complesso dell'atto e dalle diverse circostanze della causa non risultasse che il disponente o i contraenti intesero al contrario fare il legato o la convenzione sotto un'alternativa: allora la perdita del fondo o della casa non dispenserebbe di pagare la somma; art. 1193 c. c. = *1146 ll. cc.*

324. In ciò l'obbligazione alternativa differisce molto puranche dall'obbligazione con clausola penale: nella prima le due cose sono comprese in modo principale, e bisogna che periscano entrambe

per caso fortuito perchè il debitore sia liberato. In vece che nell' ultima la cosa o la somma che costituisce la clausola penale o la pena è compresa nella convenzione in modo secondario e condizionatamente, cioè soltanto pel caso in cui non fosse adempiuta l' obbligazione principale, e per far le veci de' danni ed interessi, se non possa più esserlo o se il creditore non lo richieda: or non sono dovuti danni ed interessi allorchè per forza irresistibile il debitore non abbia potuto adempiere la sua obbligazione (art. 1148 c. c. = *1102 ll. cc.*): in conseguenza la perdita per caso fortuito della cosa dovuta principalmente libererebbe il debitore, anche riguardo alla cosa promessa a titolo di penale, quantunque questa cosa esistesse ancora.

325. La legge 122, § 2, ff. *de verb. oblig.* ci offre l' esempio di una vera obbligazione con clausola penale. Nella specie di questa legge Sempronio ha donato a Tizio uno schiavo per manometterlo, stipulando da lui a titolo di penale una certa somma pel caso in cui non manomettesse lo schiavo. Il giureconsulto Scevola dimanda se Sempronio possa agire per la manomissione e farla operare per le vie di dritto, ovvero se debba limitarsi a dimandare la penale stipulata pel caso in cui lo schiavo non fosse manomesso; e Scevola dichiara che può Sempronio dimandare la manomissione per le vie di dritto; il che è chiaramente riconoscere che la stipulazione della penale non ha alterato in alcun modo la convenzione principale o primitiva, che avea per oggetto la manomissione dello schiavo donato.

526. La legge 71 *princip.* ff. *pro socio* offre similmente l'esempio di un caso in cui la stipulazione nettampoco ha menomamente cangiato l'obbligazione principale. Nella specie di esso testo due individui si associano per insegnare le belle lettere: colle loro convenzioni determinano tuttociò che ciascuno dovrà porre in comune e fare o astenersi di fare; e terminano il loro atto stipulando ciascuno l'un dall'altro che tutto il convenuto sarebbe eseguito secondo il tenore della convenzione, e che qualora vi si contravvenisse, il contravventore pagherà all'altro la somma di 20,000 sesterzj: *hæc quæ supra scripta sunt ea ita dari, fieri, neque adversus ea fieri: si ea ita data, facta non erunt, tum viginti milia dari.* Il giureconsulto Paolo domanda se non essendosi seguite le convenzioni secondo il loro tenore, il socio leso possa agire con l'azione *pro socio*, ovvero se debba limitarsi ad agire con l'azione risultante dalla stipulazione, la quale può essere meno vantaggiosa per lui, poichè la somma stipulata può essere inferiore al danno sofferto, e di cui otterrebbe l'intera riparazione sull'azione del contratto di società; e Paolo opina che gli sia lecito di esercitare quest'ultima azione, attesochè nella specie l'obbligazione risultante dalle convenzioni intorno alla società non è stata estinta con la stipulazione; che non vi è stata novazione a tal riguardo, in somma che la stipulazione, benchè rimembrasse la clausola della società, non altro avea per oggetto che una penale, pel caso in cui queste

clausole non fossero eseguite in tutto il loro contenuto, e non di fare una novazione delle convenzioni medesime. Ma se il socio, dopo aver agito con l'azione *pro socio* ed aver così ottenuta la debita indennità, volesse dimandare la penale coll'azione della stipulazione, sarebbe dichiarato inammessibile *exceptione doli mali*; l. 28, ff. *de act. empti et venditi.*

PRIMA REGOLA: *La nullità dell'obbligazione principale produce quella della clausola penale.*

327. Essendo la clausola penale la compensazione de'danni ed interessi cui ha dritto il creditore, a causa del pregiudizio che gli fa soffrire l'inadempimento dell' obbligazione principale, è chiaro che quando questa obbligazione medesima è nulla, la clausola penale lo è ugualmente (art. 1227 c. c.=*1180 ll. cc.*); imperocchè non possono esser dovuti danni ed interessi per l'inadempimento dell'obbligazione che non si avea obbligo di eseguire. La penale è un accessorio che cade indi colla cosa principale, giacchè senza cosa principale non vi è accessorio (1).

Da ciò segue che se io abbia stipulato una cosa la quale non era in commercio, per esempio se abbia comprato un certo cavallo che trovavasi morto al momento della stipulazione, la quale circostanza era ignorata dal venditore non meno che da me,

(1) L. 129, § 1, ff. *de regul. juris.*

ed abbia pure stipulato una penale in caso d'inadempimento dell'obbligazione di consegnarmi questo cavallo, la vendita è nulla giusta l'art. 1601 c. c.= *1447 ll. cc.*, e la clausola penale lo è similmente secondo la legge 69, ff. *de verb. oblig.* Il venditore sarebbe soltanto obbligato di restituire il prezzo, se lo avesse ricevuto (1).

È questa una notabile differenza dall'obbligazione alternativa, la quale non è men valida, quantunque una delle due cose che vi sono comprese si trovasse distrutta o fuori commercio per un'altra causa al momento della convenzione; imperocchè l'obbligazione avrebbe ancora per oggetto l'altra cosa; art. 1193 c. c.= *1146 ll. cc.* In vece che nella specie dell'obbligazione con clausola penale, la pena è compresa nell'obbligazione secondariamente e condizionatamente, secondo ciò che si è detto più sopra.

328. Purtuttavolta se l'obbligazione principale, nulla per riguardo alla cosa che ne forma la materia, potesse dar luogo ai danni ed interessi del creditore, atteso il dolo di chi fece la promessa, la clausola penale produrrebbe tutti i suoi effetti. Tale sarebbe il caso in cui nella suddetta specie il venditore avesse saputo al momento in cui mi prometteva il cavallo, che questo era morto, nell'atto che io ignorava siffatta circostanza. Tale sarebbe puranche il caso in cui qualcuno mi promettesse nelle

(1) L. 57, *princip.* ff. *de contrah. emptione*, ed argomento della l. 33, ff. *locati.*

colonie un Negro libero, sapendo di essere libero ed io ignorandolo, e si sottomettesse a pagarmi una somma a titolo di penale, o anche semplicemente a titolo di danni ed interessi pel caso in cui non mi consegnasse questo Negro: la vendita al certo sarebbe nulla per riguardo alla cosa che ne formasse l'oggetto, ma il dolo del venditore darebbe luogo ai danni ed interessi (1): esso farebbe considerar la vendita come valida (2), ed in conseguenza la clausola penale, che li rappresenta, sarebbe valida similmente; giacchè quando anche non si fosse convenuta, io non avrei avuto minor dritto ad esser fatto indènne del danno risultante per me dall'inesecuzione del contratto che intesi di formare.

329. Ma siccome le promesse di matrimonio non sottopongono civilmente coloro che le hanno fatte ad adempierle, e sono nulle sotto il rapporto del dritto civile, in quantochè non producono azione efficace, giacchè il matrimonio dev'essere contratto liberamente all' istante in cui si contrae; per questo stesso motivo le clausole penali (o *disdetta*) inerenti a tali specie di promesse sono nulle (a) e

(1) § 5, Instit. *de empt. vendit.*

(2) *Et liberi hominis, et loci sacri, et religiosi, quia haberi non potest*, EMPTIO INTELLIGITUR, *si ab ignorante emitur*; l. 4, ff. *de contrah. empt.*; e l. 62, § 1, *eodem tit.*

(a) Anche ai termini del cap. 26 *de sponsalibus*, nelle decretali, si decise dal Pontefice Gregorio IX, che *dovendo i matrimonj essere liberi, ogni convenzione penale che vi è relativa dev' essere rigettata.* TRAD.

senza effetto (1), secondo ciò che fu dimostrato nel tomo precedente, trattando *dell'oggetto e della materia delle convenzioni*, cap. II, sez. 3, n.° 319 e seg. Sapendo o dovendo ciascuna parte sapere che anche la promessa principale è senza effetto, deve sapere eziandio che la clausola penale lo è similmente. Questa clausola è senza causa tostochè non ne ha che una non obbligatoria. Tal punto, contrastato da alcuni, fu chiaramente stabilito nel citato luogo (2). Nè si deve distinguere tra le promesse fatte dai genitori di unire in matrimonio i loro figli, e quelle fatte dai figli medesimi.

330. Nondimeno, quantunque per massima la stipulazione fatta per altrui sia nulla (art. 1119 c. c. = *1073 ll. cc.*), come difettante per mancanza d'interesse per lo stipulante, ed in conseguenza per mancanza di vincolo, purtuttavolta, secondo lo dicemmo nel tomo precedente (n.° 277), se lo stipulante vi abbia aggiunto una penale per lui, nel caso in cui la cosa stipulata a favore del terzo non fosse fatta o data, allora verificandosi questo caso, la clausola penale ha effetto (3). È come se egli avesse detto: *Promettete di darmi 100 franchi se non fate la tale cosa per Paolo?* Non avvi anche in realtà che una sola obbligazione in questo caso, ed è quella la quale ha per oggetto i 100 franchi:

---

(1) L. 134, ff. *de verb. oblig.*

(2) *V.* pure nel *Repertorio* di Merlin, v. *pena contrattuale*, § 1, le autorità citate da quest'autore in sostegno di tale risoluzione.

(3) § 18, (*alias* 19) Instit. *de inutil. stipul.*

la cosa stipulata a favore di Paolo è soltanto l'oggetto della condizione di questa obbligazione; per cui non è dessa propriamente parlando una eccezione alla regola che niuno può stipulare per altrui, nè a quell'altra regola che la nullità dell'obbligazione principale produce la nullità dell' obbligazione penale, come sembrò crederlo Pothier, n.° 359 del suo trattato *delle Obbligazioni.*

Ma se la stipulazione a favore del terzo con clausola penale fosse valida anche per ciocchè riguardasse i terzi, come essendo fatta in uno de'casi in cui per eccezione si può validamente stipulare per altrui, perchè si ha pure dal canto proprio interesse all'esecuzione della promessa fatta in apparenza pel terzo, o tale sia la condizione di un' altra stipulazione che si fa per sè medesimo, ovvero di una donazione che si fa ad altri (art. 1121 c. c. = *1075 ll. cc.*), allora vi sarebbero due obbligazioni: una principale, e che si sarebbe acquistata dal terzo dal momento che egli avesse dichiarato di volerne approfittare *(ibid.)*; l'altra secondaria o penale, condizionale per natura sua, cioè pel caso in cui quella a favore del terzo non fosse eseguita.

331. In senso inverso, se gli prometto il fatto di un terzo senza rendermi garante per lui, per massima generale (1) io non sono obbligato; ma se ho anche promesso di pagare una penale qualora il terzo

(1) Per la regola e per le eccezioni che essa soffre, *V.* tomo precedente, cap. II, sez. 1, § 5.

non facesse la cosa, questa promessa è validissima e riceverà il suo effetto ove si verifichi la condizione con cui è stata fatta, cioè se il terzo non adempia (1).

332. Infine sebbene la nullità dell' obbligazione principale produca la nullità dell' obbligazione penale, purtuttavolta ciò è vero sol quando le due obbligazioni si trovino nel medesimo atto, o essendo in atti diversi, l'obbligazione principale non potesse ratificarsi. Segue da ciò che se io abbia contrattato con un incapace, e nel tempo di capacità egli stipula con me un atto di conferma della sua obbligazione, sottoponendosi ad una penale nel caso in cui ad onta di questo atto di conferma, violasse la convenzione primitiva, questa obbligazione penale è perfettamente valida, e produrrà il suo effetto se colui che la contrasse ritratti l' atto confermato, negandosi pure ad eseguir l' atto di conferma (2).

Avverrebbe lo stesso se la prima obbligazione fosse capace di essere annullata per vizio di violenza, di errore o di dolo; ma se fosse contraria alle leggi o al buon costume, se avesse una causa turpe o illecita, o se non ne avesse alcuna, la convenzione fatta posteriormente e con clausola penale per assicurarne l' esecuzione, non sarebbe viemaggiormente valida che se la clausola penale fosse stata inserita

(1) § 19 (*alias* 20), Instit. *da inutil. stipul.*
(2) Pothier, *delle Obbligazioni*, n.° 343.

nell' atto medesimo il quale contiene questa obbligazione nulla o illecita; imperocchè non si può confermare validamente una simile obbligazione, nè assicurarne in alcun modo l' esecuzione: or la clausola personale non ha altro oggetto. E convien rimembrare ciocchè abbiam detto più volte (1), che la condizione non fa le veci di causa all' obbligazione; ed in conseguenza la clausola penale aggiunta, sotto forma di condizione, ad una obbligazione effettivamente priva di causa, o ad una obbligazione penale contratta posteriormente per assicurarne l' esecuzione, è puranche nulla, come convenuta per assicurare l' effetto di un consenso che non è obbligatorio.

333. Del resto nel caso in cui il primo atto si potesse confermare, importa di distinguere il modo con cui si è conceputo il secondo, di vedere se contenga in realtà una conferma del primo, o se si limiti semplicemente alla promessa di una penale pel caso in cui il debitore non l' eseguisse.

Nella prima ipotesi, il creditore ha la scelta di attenersi al secondo atto rinunciando alla penale, e di dimandare la penale rinunciando al beneficio risultante dalla ratifica del primo atto; ma per massima è obbligato di scegliere, uniformemente all'art. 1229 c. c.=*1182 ll. cc.*, seconda disposizione, che tra poco spiegheremo, ed uniformemente pure alla leg-

(1) Sopra n.° 26, e tomo precedente n.° 360.

ge 10, § 1, ff. *de pactis* (1); salvo nondimeno quanto diremo pel caso in cui avesse nel medesimo tempo il dritto di conservare ciocchè gli ha procurato il primo atto e che fosse da lui posseduto, e di dimandare puranche la penale, giacchè tale fosse stata l'intenzione delle parti stipulando il secondo atto, volendo con la stipulazione di questa penale non solo mantener le cose nel loro stato attuale, ma anche prevenire una lite. Affinchè per altro il secondo atto sia un atto di conferma o di ratifica, bisogna che riunisca in sè le condizioni richieste dall'art. 1338 c. c. = *1292 ll. cc.*, cioè che vi si trovi la sostanza dell' obbligazione confermata, la menzione del motivo dell' azione per rescissione o per nullità, e l' intenzione di riparare il vizio che servisse di fondamento a tale azione.

Al contrario se questo secondo atto non riunisse tutte le cennate condizioni richieste per prevenire le frodi, se mai si limiti semplicemente alla promessa di una penale fatta dal debitore pel caso in cui egli contravvenisse all'atto in data del tale giorno, che ha già eseguito, o pel caso in cui si negasse ad eseguirla ove ciò non abbia ancora avuto luogo, allora questo atto non è un atto di conferma propriamente detto, secondo il cennato art. 1338, giacchè non fa menzione del motivo dell' azione per nullità di cui era infetta la prima obbligazione, nè della sostanza medesima di questa obbligazione: è valido

(1) Pothier *ibid.*

senza dubbio, ma come contenente un'obbligazione penale, ed in conseguenza il creditore non ha la scelta al pari che nel caso precedente; non altro può dimandare che la penale, e se il debitore si neghi ad eseguire la prima obbligazione, o vi contravvenga, avendola eseguita in istato d'incapacità o durante la violenza, ovvero prima di scoprirsi il dolo o l'errore.

Seconda regola: *La nullità della clausola penale non produce quella dell'obbligazione principale.*

334. L'accessorio non può sussistere senza la cosa principale, ma la cosa principale può benissimo sussistere senza l'accessorio: donde segue che la nullità della clausola penale non produce la nullità dell'obbligazione principale; art. 1227 c. c. = *1180 ll. cc.*

Se dunque l'oggetto della clausola penale non sia in commercio, o abbia cessato di esservi, o qualora sia un fatto impossibile, contrario alle leggi o al buon costume, questa clausola si reputerà non avvenuta, ma l'obbligazione principale avrà sempre il suo effetto, ove altronde sia per sè stessa valida. È questo il caso della regola *utile per inutile non vitiatur.*

Da ciò segue che se l'oggetto della clausola penale sia un cavallo, il quale trovasi morto al momento della convenzione, la clausola penale è nulla, ma l'obbligazione principale non resta meno vali-

da: è come se fosse stata contratta puramente e semplicemente.

Così pure dispongono le leggi romane: *Si stipulatus fuero* TE SISTI *(in judicio)*, ET NISI STETERIS, HIPPOCENTAURUM DARI? *proinde erit atque te sisti solummodo stipulatus essem*; l. 97, *princip.*, ff. *de verb. oblig.* (a).

TERZA REGOLA: *Il creditore può agire per l'adempimento dell'obbligazione principale, in vece di domandare la penale.*

335. La clausola penale è aggiunta all'obbligazione principale a solo oggetto di assicurarne l'esecuzione, e non per distruggerla e supplirla. Segue da ciò che il creditore ha dritto di agire per l'adempimento di questa obbligazione, trascurando di domandare la penale (art. 1228 c. c.=*1181 ll. cc.*); imperocchè ciascuno può rinunziare a ciocchè è stato stabilito soltanto in suo favore. Così pure disponevano in positivo modo le leggi romane (1).

Altra cosa sarebbe, come lo abbiamo detto più sopra, della clausola con cui le parti, convenendo di una somma pel caso in cui non si adempisse all'obbligazione, avessero avuto l'intenzione di con-

(a) Egualmente nella legge 126, § 3, dello stesso titolo si dice, che nella suddetta ipotesi, *detracta secunda stipulatione, prior manet utilis.* TRAD.

(1) LL. 41 e 42, ff. *pro socio*; l. 28, ff. *de act. empt. et vendit.*; 10, § 1, ff. *de pactis.*

vertire l'oggetto dell' obbligazione stessa in questa somma, dandosi tal caso, come nella specie del § 6 della l. 44 ff. *de oblig. et act.*, citata nel medesimo luogo. Allora per altro non sarebbe più una obbligazione con clausola penale, ma sibbene un'obbligazione unica, avendo per oggetto la somma, e condizionatamente, cioè pel caso in cui il debitore non facesse la cosa menzionata nell'atto, cosa che potrebbe oppur no fare a sua volontà. La convenzione avrebbe allora la caratteristica di un'obbligazione del numero di quelle che chiamansi *facoltative*, in quantochè il debitore potrebbe dispensarsi di pagare la somma, facendo la cosa menzionata nella convenzione, non come oggetto dell'obbligazione, ma come oggetto della condizione. In vece che noi ragioniamo qui nell'ipotesi di una vera clausola penale, di un' obbligazione aggiunta alla prima per assicurarne l' adempimento, e non per supplirla a piacimento del debitore. In questo caso la clausola non altera in alcun modo l'obbligazione a cui è congiunta, obbligazione che chiamasi perciò principale (art. 1227 e 1228 c. c. = *1180 e 1181 ll. cc.*), o primitiva (art. 1230 c. c.=*1183 ll. cc.*), giacchè essa precede la clausola penale, o che vi sia un solo atto, o che ve ne siano due, e giacchè senza di essa non si può concepire alcuna obbligazione penale.

336. *Vice versa*, allorchè si è incorso nella penale, e vi s' incorre sol quando il debitore sia in mora di adempiere l' obbligazione principale (art. 1230),

*

come lo diremo tra poco, può il creditore trascurare di agire per l'adempimento dell'obbligazione principale e dimandare la penale, poichè la stipulò in questa mira: egli ha la scelta, secondo la legge 10, § 1, ff. *de pactis*. Vedremo in prosieguo il caso in cui può richiedere l'una e l'altra, per eccezione alla regola stabilita dall'art. 1229 c.c.= *1182 ll. cc.*, secondo paragrafo.

337. Dal canone che nelle obbligazioni con clausola penale può il creditore, in vece di dimandare la penale, agire per lo adempimento dell'obbligazione principale, segue che scegliendo per questo partito, se l'obbligazione sia di dare una certa cosa, ha dritto di farsela rilasciare, ove possa farla sequestrare, e di negarsi a ricevere in vece la penale. In conseguenza se si tratti di un immobile, può farselo rilasciare per le vie giudiziarie, nel caso in cui il debitore non lo volesse fare all'amichevole; e se si tratti di un mobile, può farlo pegnorare tra le mani del debitore, quante volte ve lo trovi, ed anche tra le mani di un terzo che ne avesse il possesso in mala fede; art. 1141 c. c. = *1095 ll. cc.* Qualora sia un'obbligazione di non fare qualche cosa che il debitore nondimeno fa, il creditore può farsi autorizzare a distruggere a spese del debitore ciocchè costui abbia fatto in contravvenzione dell'obbligazione; art. 1143 c. c. = *1097 ll. cc.* Ed infine se sia un'obbligazione di far qualche cosa che il debitore non vuol fare e che può farsi da un terzo, il creditore può ugualmente farsi autorizzare ad ese-

guire la cosa a spese del debitore; art. 1144 c. c. = *1098 ll. cc.* Imperochè avrebbe i medesimi dritti, in questi diversi casi, in mancanza della clausola penale: or questa clausola non altera in alcun modo l'obbligazione principale, e la legge medesima lo riconosce, poichè dà al creditore il dritto di agire per l'adempimento di tale obbligazione, trascurando di dimandare la penale.

338. Ma se si tratti di un'obbligazione la quale non può eseguirsi se non dal debitore medesimo, o che non può esserlo *manu militari vel in specie*, per esempio il debito di un mobile che egli nasconde o che ha fatto perire, o che ha venduto ad un terzo in buona fede; ovvero un'obbligazione di non fare qualche cosa ch'egli abbia fatto e che non potesse più distruggersi, o infine l'obbligazione di fare qualche cosa che non potrebbe farsi se non da lui: in questi diversi casi il creditore è obbligato di ricorrere alla penale.

339. Ma per ogni danno ed interesse è forse obbligato di contentarsi della somma o della cosa che ha stipulata a titolo di penale, quando anche il pregiudizio sofferto ascendesse a più, ed egli offrisse di provarlo chiaramente?

E *vice versa* se agisce per l'adempimento della clausola penale per mancanza di adempimento dell'obbligazione principale, non importa la natura di quest' obbligazione, può il debitore far ridurre la penale quando sia eccessiva in confronto al danno sofferto, ed offra egli di provarlo?

540. La prima quistione non è senza qualche dubbiezza. A vantaggio del creditore può dirsi che se la clausola penale non altera in alcun modo l'obbligazione principale, egli deve per questo stesso motivo aver dritto d'ottenere danni ed interessi simili a quelli che avrebbe ottenuti se non si fosse quella pattuita: or in tale ipotesi avrebbe ottenuta la riparazione compiuta del pregiudizio ch'egli soffre per l'inadempimento dell'obbligazione; art. 1149 c. c. = *1103 ll. cc.* Si può aggiungere che se il Codice nell'art. 1152 c. c. = *1106 ll. cc.* dichiara che quando la convenzione stabilisca che colui il quale mancherà di eseguirla, debba pagare una determinata somma a titolo di danni ed interessi, non può concedersi all'altra parte una somma maggiore o minore, questa disposizione non trovasi ripetuta nella sezione che tratta delle obbligazioni con clausola penale. Infine Pothier (1) nell'opera da cui si sono generalmente attinte le regole che riguardano questa clausola, dopo aver detto che la penale compensa i danni ed interessi, e che il creditore ha dritto di scegliere tra la penale e l'adempimento dell'obbligazione principale, soggiunge: « Nulladimeno siccome l'obbligazione penale non può alterare in alcun modo l'obbligazione principale,

(1) Ma la sua opinione su questo primo punto non era generalmente adottata: ammettevasi con maggiore facilità la riduzione di una clausola penale eccessiva. Ciò appunto noi facemmo già osservare sul caso della convenzione di una somma a titolo di danni ed interessi, tomo precedente, n.° 483, nota 3.

« se la penale che il creditore ha esatta per l'ina-
« dempimento dell'obbligazione principale non lo ri-
« sarcisse abbastanza, potrebbe pure, benchè abbia
« esatta questa penale, dimandare i danni ed interessi
« risultanti dall' inadempimento dell' obbligazione
« principale, imputando e tenendo conto sui detti
« danni ed interessi della penale che ha già esatta:
« così dispongono le ll. 28, ff. *de act. empti*, 41
« e 42 ff. *pro socio.* »

« Del resto, dice nondimeno lo stesso Pothier, il
« giudice non dev'esser facile a dare ascolto al cre-
« ditore il quale pretenda che la penale da lui esat-
« ta non lo risarcisce abbastanza dell'inadempimen-
« to della convenzione; imperocchè avendo le parti
« col determinare la penale, regolato e stabilito fra
« esse i danni ed interessi che risultassero dall'ina-
« dempimento della convenzione, sembra che il cre-
« ditore dimandando maggiori danni ed interessi opri
« in contrario alla stima da lui medesimo fatta;
« nel che non sembra ammessibile, ammenochè non
« possa provare che il danno da lui sofferto eccede
« la penale convenuta, come in questa specie: Se un
« negoziante mi ha dato ad imprestito la sua vettura,
« a patto che gliela restituissi in un certo giorno
« nel quale ne avesse bisogno per trasportare le sue
« mercanzie ad una certa fiera sotto pena di 30 li-
« re, qualora non gliela restituissi nel giorno indi-
« cato; questo negoziante a cui ho promesso di re-
« stituirla può non contentarsi di tale somma di 30
« lire, ove gli riesca di provare ch'è stato obbligato di

« prendere in fitto una vettura per la somma di 50
« lire, e che il prezzo comune delle vetture per
« andare alla detta fiera era di 50 lire nel tempo
« in cui io doveva restituirgli la sua. »

Quindi Pothier pone per regola che il creditore non debba facilmente meritare ascolto nella dimanda di danni ed interessi maggiori di quelli da lui medesimo stabiliti colla clausola penale; ma fa eccezione pel caso in cui questo creditore potesse provare che l'inadempimento dell'obbligazione gli ha cagionato un pregiudizio più considerevole; ed unicamente su questo punto avvi quistione.

Ma non ostante le sopraesposte ragioni, e lasciando per ora da parte l'esempio arrecato da Pothier, opiniamo che il creditore debba contentarsi della penale ogni qualvolta a motivo dell'impossibilità di far eseguire l'obbligazione principale secondo il suo tenore, siavi luogo ai danni ed interessi: egli medesimo ha con la clausola penale stabilito questi danni ed interessi. A tal riguardo la penale si assimila alla clausola con cui si conviene di una somma a titolo di danni ed interessi in caso d'inadempimento dell'obbligazione. L'oratore del governo incombensato di presentare il progetto di legge al Corpo legislativo, Bigot de Preameneu, così si esprimeva su questo punto: « La *penale* stipulata dai contraenti
« forma legge fra essi: il creditore non dev'essere
« ammesso a dire che tal penale è insufficiente, nè il
« debitore a pretendere che sia essa eccessiva. Qual
« sarebbe mai il giudice che meglio delle parti pe-

« tesse far conoscere le circostanze e gl'interessi ri-
« spettivi onde fu determinata la penale? DEVONSI QUI
« APPLICARE I RAGIONAMENTI FATTI SULLA DE-
« TERMINAZIONE DI UNA SOMMA STIPULATA PER
« DANNI ED INTERESSI. » Or nel caso di tale determinazione, il giudice non può concedere una somma maggiore o minore; art. 1152 c. c.=*1106 ll. cc.*

Positivamente adunque non si è seguita la dottrina di Pothier, e se nella sezione delle obbligazioni con clausola penale non si è ripetuta una disposizione sì precisa quanto quella di questo art. 1152, egli è perchè ciò sembrò e dovè sembrare in fatti inutile; imperocchè le ragioni sono assolutamente le stesse sì nell'un caso come nell'altro: le due clausole per lo più significano la medesima cosa, e sol differiscono nei termini allorchè le parti non abbiano avuto intenzione, come più volte abbiamo detto, di sostituire la somma promessa all'obbligazione primitiva, nel caso in cui il debitore non credesse di doverla eseguire *in specie*. Nelle due clausole la somma è la compensazione de'danni ed interessi, ed il suo effetto è di farne le veci in modo assoluto, giacchè è questa una legge che le parti medesime si fecero, e che in conseguenza esse debbono osservare; art. 1134 c. c. = *1088 ll. cc.*

Del resto non confondiamo con questo caso quello in cui potendo un'obbligazione di fare eseguirsi da un'altro, il creditore si avesse fatto autorizzare a far eseguire la cosa da un terzo a spese del debitore, trascurando la clausola penale. Quando anche in que-

sto caso la somma dovuta al terzo fosse maggiore di quella promessa a titolo di penale, il debitore sarebbe in obbligo di pagarla, o al terzo o al creditore che ne avesse fatto l'anticipazione; imperocchè questa somma propriamente parlando non è dimandata a titolo di danni ed interessi per inadempimento dell'obbligazione principale, mentre al contrario l'obbligazione si trova eseguita: soltanto lo è stata da un terzo; ma quantunque non vi fosse stata alcuna clausola penale, il creditore avrebbe potuto farla eseguire in questo modo: or la clausola penale non altera l'obbligazione principale. Quindi nell'esempio addotto da Pothier si potrebbe forse dire con lui di esser dovuta al creditore una indennità di 50 franchi, al qual prezzo un terzo gli ha somministrato una vettura per trasportare le sue mercanzie alla fiera, e non solamente i 30 franchi a cui ascendeva la clausola penale. Quel che noi rigettiamo dalla sua dottrina si è la massima da lui stabilita di esser facoltato il creditore, in caso d'inadempimento dell'obbligazione principale, a reclamare i suoi danni ed interessi secondo il loro valore effettivo, non ostante la clausola penale che gli attribuiva una somma minore, quante volte possa provare che il pregiudizio a cui è soggetto eccede il valore della penale. Questa risoluzione è troppo generale: noi la crediamo applicabile soltanto ai casi in cui il creditore valendosi del dritto che gli attribuiscono gli art. 1144 e 1228 c. c. = *1098 e 1181 ll. cc.*, abbia fatto eseguire l'obbligazione da un ter-

zo a spese del debitore, ed effettivamente gli sia costata oltre il valore della clausola penale, essendosi altronde regolato con prudenza e buona fede. Ma nei casi in cui vi sia luogo ai danni ed interessi, perchè non abbia fatto eseguire l'obbligazione da un terzo *a spese* del debitore, come lo dice il citato art. 1144, deve per l'importare di questi medesimi danni ed interessi, contentarsi della somma da lui stesso determinata a titolo di penale, o a titolo di danni ed interessi, poco monta.

341. La seconda quistione trovasi perciò decisa contra il debitore; e l'opinione di Pothier, il quale voleva puranche (1), e vie maggiormente, che nel caso in cui la somma promessa a titolo di penale (o di danni ed interessi) fosse evidentemente eccessiva, il creditore non dovesse profittare della temerità e della buona fede del debitore, il quale erasi sottoposto a pagare una tale somma nella persuasione che eseguirebbe la sua obbligazione; che al contrario vi fosse luogo a moderare la penale ed a ridurne al valore del pregiudizio in realtà sofferto; l'opinione di Pothier, diciamo, non è più ammessibile oggidì: il debitore deve ugualmente osservare la legge che si ha egli stesso fatta, come sarebbe obbligato di osservarla nel caso dell'art. 1152 c. c. = *1106 ll. cc.*, poichè la clausola penale e la clausola che stabilisce una somma a titolo di danni ed interessi in caso

(1) Secondo Molineo, ma nondimeno contrariamente al parere di molti dottori, specialmente contro quello di Azone, citato da Pothier.

d' inadempimento dell' obbligazione, non differiscono tra loro sotto tal rapporto. Indarno si direbbe con quest' autore che la clausola penale è la compensazione de' danni ed interessi dovuti pel pregiudizio che il creditore soffre dall'inadempimento dell' obbligazione principale, e che quantevolte tal pregiudizio sia poco considerevole e la pruova della sua modicità venga offerta in modo chiaro e positivo, devesi per lo stesso motivo moderare la penale, se non in una giusta proporzione del danno sofferto, almeno approssimativamente: gli si risponderebbe coll'oratore del governo, che niuno potrebbe meglio delle parti far conoscere le circostanze e gl'interessi rispettivi che determinarono la fissazione della penale, e che devonsi qui applicare le ragioni che fecero dettare la disposizione formale, precisa e senza limitazione dell' art. 1152 c. c. = *1106 ll. cc.*

342. Nondimeno se fosse stata convenuta la clausola penale per assicurare l'adempimento di un'obbligazione avente per oggetto il pagamento o la restituzione ad epoca determinata di una somma o di una quantità di cose che si consumano coll' uso, e se la somma stipulata a titolo di penale eccedesse notabilmente la quantità dell'interesse lecito (1), si potrebbe ridurre una penale la quale non sarebbe che un' usura celata. (2).

---

(1) L' interesse convenzionale, del pari che l' interesse legale, è del cinque per cento all' anno in materia civile, e del sei per cento in materia di commercio; legge del 3 settembre 1807.

(2) L. 15, Cod. *de usuris;* ll. 9 e 44, ff. *de usuris et fruct.* Mer-

Tuttociò che dicemmo a tal riguardo (1) sulla clausola colla quale siasi promesso a titolo di danni ed interessi una determinata somma in caso d'inadempimento a giorno stabilito di una obbligazione avente anch'essa per oggetto una somma o una quantità di cose che si consumano coll'uso, è applicabile alla clausola penale apposta ad un simile debito.

Ma parimenti, come il facemmo osservare nel medesimo luogo, se la somma stipulata a titolo di penale o di danni ed interessi non fosse un'usura celata, sarebbe dovuta intera, abbenchè eccedesse la quantità degl'interessi ordinarj e leciti, nel caso in cui l'obbligazione non si eseguisse all'epoca stabilita. Tale sarebbe il caso in cui, dovendo esercitare un dritto di ricompra in un determinato tempo, o prevenire l'esecuzione di un arresto personale, ovvero di un'espropriazione forzosa, da cui fossi minacciato; oppure evitare io stesso l'effetto di una clausola penale, stipulassi col mio debitore, per esempio con un compratore, che mi pagherà il prezzo della vendita alla tal'epoca, altrimenti mi pagherà una data somma a titolo di penale o a titolo di danni ed interessi, poco importa. In questa specie è un rischio da cui il mio debitore intese garentirmi, assumendolo in qualche modo sopra di lui, col soggettarsi a pagare tal penale nel caso in cui non eseguisse la sua promessa nel giorno convenuto; e

---

lin, *Repertorio*, v. *penale*; Pothier, *delle Obbligazioni*, n.° 546.

(1) Tomo precedente n.° 487 e seguenti.

qui non essendo la penale un'usura celata, dovrebbe la clausola ricevere il suo effetto, se l'obbligazione principale non fosse eseguita giusta il suo tenore e nel giorno stabilito. Devesi così risolverlo quando anche io avessi evitato con altri mezzi o coll'indulgenza del mio creditore di soffrire il danno che aveva in mira di prevenire stipulando la penale; imperocchè non solo la clausola penale dispensa il creditore dal provare il danno che ha sofferto, ma vieta anche al debitore, come lo abbiamo detto, la facoltà di provare che il danno non è asceso al valore della penale, e conseguentemente gli vieta puranche di provare che non vi è stato alcun danno.

Ma perchè simili clausole non degenerino in usura celata nelle obbligazioni che si limitano al pagamento di una determinata somma o di una determinata quantità di cose che si consumano coll'uso, è utile d'indicare nell'atto la particolare circostanza per ragione della quale la penale vien stipulata maggiore della quantità legale dell'interesse: si prevverrà quindi in tal modo l'eccezione di usura celata, almeno nella maggior parte de' casi.

Quarta regola: *Il creditore non può dimandare nel medesimo tempo la cosa principale e la penale, quando questa non sia stata stipulata per la semplice mora.*

343. Essendo la clausola penale la compensazione de' danni ed interessi che il creditore soffre per

l'inadempimento dell'obbligazione (art. 1229 c. c. = *1182 ll. cc.*), è chiaro, come l'abbiamo già detto, che non può nel tempo stesso dimandare la cosa principale e la penale, quando tuttavia non sia stata questa stipulata per la semplice mora; *ibid.* Egli deve eleggere (1).

Così, io stipulo con voi che mi venderete la vostra casa mediante 20,000 fr., e che qualora non adempirete alla vostra promessa, mi pagherete a titolo di penale (o di danni ed interessi, poco importa), la somma di 2000 fr.: siccome la promessa di vendita equivale a vendita quando avvi consenso sulla cosa e sul prezzo (art. 1589 c. c.=*1434 ll. cc.*), e qui veruna cosa indica che nella nostra intenzione fosse in vostra scelta di dispensarvi dal fare la vendita, pagando la somma promessa a titolo di penale, io ho il dritto di dimandarvi di farmi la vendita; e se voi non volete acconsentirvi, otterrei sentenza che mi farà le veci di atto volontario. Imperocchè, come più volte si è detto, la clausola penale non lede l'obbligazione principale; il creditore può dimandare l'adempimento di questa obbligazione, tralasciando di domandare la penale; art. 1228 c. c. = *1181 ll. cc.* Ho puranchè il dritto, dopo avervi costituito in mora a farmi la vendita (art. 1230 c. c. = *1183 ll. cc.*), e sul vostro rifiuto, di dimandarvi la penale, che è allora dovuta senza che voi possiate in avvenire, per evitarla,

(1) L. 10, § 1, ff. *de pactis.*

offrire di farmi la vendita. Ma non posso dimandare l'una e l'altra, ammenochè questa penale non fosse stata stipulata per la semplice mora. Vedremo fra poco quando il debitore sia in mora ad effetto di essere incorso nella penale.

344. Diciamo *ammenochè la penale non sia stata stipulata per la semplice mora;* ma quando è essa stipulata per la semplice mora? Lo è forse soltanto allorchè le parti hanno espressamente dichiarato la loro intenzione a tal riguardo, come quando han detto che la penale sarebbe dovuta pel solo fatto dell'inadempimento dell'obbligazione nell'epoca stabilita, senza pregiudizio dell'obbligazione medesima, ciocchè i giureconsulti esprimevano con queste parole *rato manente pacto?*

Primieramente è indubitato che la semplice fissazione del termine per l'adempimento dell'obbligazione principale (lo che avvien quasi sempre), non indica per necessità che la penale sia stata stipulata per la semplice mora, abbenchè vi sia costituzione in mora del debitore; ma tutto all'opposto. Puossi anche stabilire al contrario, come regola generale, di non esservi luogo a presumere che egli intese sottoporsi ad eseguire l'obbligazione principale ed a pagar pure la penale per effetto della sua costituzione in mora di eseguire quest'obbligazione, convenuta con un termine. Così nella specie della promessa di vendita di sopra citata, se si fosse detto: *Voi mi venderete la vostra casa fra tre mesi a contare da questo giorno, mediante 20,000 fr.*

sotto pena di 2,000 fr. di danni ed interessi, non vi sarebbe necessità di conchiudere che dopo la costituzione in mora allo spirare del termine, io abbia acquistato il dritto di domandare nel medesimo tempo l' esecuzione dell' obbligazione principale ed il pagamento della penale. La fissazione di un termine in simil caso dovrebbe riguardarsi come convenuta unicamente nell' interesse del debitore, a fin di dargli il tempo da lui creduto necessario per eseguire la sua promessa. Egli con ciò ha voluto soltanto che non gli si potesse dimandare l' adempimento dell'obbligazione principale, o la penale, prima che fosse scaduto questo termine. In somma la penale era stabilita non per l'indugio posto in adempire all' obbligazione, ma per l' assoluto inadempimento di essa. In mancanza di dichiarazione nell' atto esprimente che la penale è stipulata per la semplice mora, vi bisognano dunque circostanze particolari le quali indichino chiaramente che essa sia stata convenuta con questa mira.

Ma quando l'importare della penale sarà evidentemente di molto inferiore all' interesse che avesse il creditore perchè l' obbligazione principale fosse eseguita, e vi sarà un termine stabilito per l'esecuzione, allora si presumerà facilmente che la clausola penale sia stata convenuta per la semplice mora, poichè altrimenti lungi di assicurare l'esecuzione dell' obbligazione principale, ciocchè forma il suo scopo, non sarebbe di alcuna utilità pel creditore, nè significherebbe essa cosa alcuna, non potendo ra-

gionevolmente questi aver avuto in mira una cosa di assai minor valore di quella che forma l'oggetto dell'obbligazione medesima, come si suppone.

Per esempio, se vendendo a qualcuno una determinata cosa mediante 3,000 franchi, lo incarico col contratto di pagare tale somma in due mesi a Paolo mio creditore, il quale minaccia di procedere rigorosamente contro di me, che potrebbe anche astringermi con l'arresto personale, ed aggiungo a siffatta convenzione una clausola penale di 200 fr. pel caso in cui questo compratore non adempisse alla sua obbligazione, senz'altra spiegazione, è chiaro che la penale è qui stipulata per la semplice mora, abbenchè non siasi detto espressamente d'incorrersi in essa per la sola mancanza di pagamento alla scadenza del termine. Imperocchè se non potessi domandare la penale e la cosa principale, nel caso in cui tal pagamento non fosse fatto all'epoca stabilita, la clausola penale non significherebbe assolutamente cosa alcuna. In vece che nella specie precedente i 2,000 franchi che formano la penale non sono evidentemente inferiori all'interesse che io posso avere che quegli che mi ha fatto la promessa di vendermi la sua casa mediante 20,000 franchi e sotto la penale di 2,000 franchi, esegua questa promessa, poichè se la casa può valere più di 20,000 franchi, può ancora valer meno. Altre ragioni eziandio, e che ho potuto prevedere, possono anche farmi preferire la penale alla cosa coll'obbligazione di pagarne il prezzo. Laonde in tal caso, ed in mancanza di

una clausola la quale indichi chiaramente che la penale è stata stipulata anche per la semplice mora, e non soltanto per l' assoluta inesecuzione della promessa, io non posso dimandare la cosa principale e la penale: debbo eleggere, ed anche, rispetto alla penale, solamente quando il debitore sarà stato messo in mora, giusta quanto si dirà in appresso.

Ciò posto, si scorge che la volontà delle parti circa al punto se la penale sia stata oppur no stipulata per la semplice mora, allorchè non vi fosse a tal riguardo espressa dichiarazione nell'atto, sarà assai più facile a conoscersi nei contratti unilaterali, in cui quegli che avrà stipulato la penale non potrà fare o dare alcuna cosa da sua banda, perchè già fosse stato fatto o dato ciocchè è la causa dell' obbligazione principale, anzichè nei contratti sinallagmatici. In questi ultimi avverrà ben di rado, in mancanza di una clausola a tal uopo nell'atto, che debbasi riguardar la penale come stipulata per la semplice mora, abbenchè siasi convenuto un termine per la esecuzione dell' obbligazione; a qual oggetto farà d' uopo di particolari circostanze le quali non permettano di dubitare che tale sia stata l'intenzione delle parti, e che la natura stessa della convenzione indichi che la penale sia stata convenuta per la mora: come nel caso in cui un negoziante avesse affittato la sua vettura a qualcuno, coll' obbligo di restituircela in un determinato giorno, affinchè potesse servirsene per trasportare le sue mercanzie alla tale fiera, sotto pena di 30 franchi, indipendente-

mente dal fitto. Qui la penale sarebbe stabilita pel fatto soltanto di non essersi restituita la vettura nel giorno determinato, e non per la restituzione medesima, nè per la mancanza di pagamento del fitto convenuto.

345. Dicendo che il creditore non può dimandare la cosa principale e la penale, l'art. 1229 c. c. = *1182 ll. cc.* non fa eccezione che pel caso in cui sia stata essa stipulata per la semplice mora, e noi abbiamo spiegato che debbe con ciò intendersi. Ma l'art. 2047 c. c. = *1919 ll. cc.* dice che « puossi « aggiungere ad una transazione una pena contro « colui che mancherà di eseguirla. » In qual senso questa disposizione debb'essere intesa? Nel senso forse della regola sancita dall'art. 1229 di sopra citato, che non puossi nel medesimo tempo dimandare la cosa principale e la pena, quando non sia stata stipulata per la semplice mora; oppure nel senso che la transazione dev'essere conservata, e che la penale non sarà men dovuta da colui che si negherà di eseguirla giusta il suo tenore?

Noi dicemmo più innanzi che quando avendo contrattato con un incapace, io faccia di poi con lui, divenuto capace, un atto col quale egli conferma la sua obbligazione, sottoponendosi puranche ad una penale pel caso in cui vi contravvenisse, io ho la scelta, verificandosi tale caso, o di attenermi all'atto di conferma, e per conseguenza di far dichiarare valido il primo atto, o abbandonando il beneficio della ratificazione, dimandare la penale; ma che per

regola non posso nel medesimo tempo profittare della ratificazione e domandare la penale. Tal'è la dottrina di Pothier il quale così si esprime su questo punto nel suo trattato *delle Obbligazioni*, n.° 343:.
« Al pari che la clausola penale non toglie a colui
« che ha stipulato la pena, l'azione la quale nasce
« dall'obbligazione principale; così neanche gli to-
« glie le eccezioni e i mezzi d'inamessibilità che ne
« potessero risultare. »

« Per esempio, se io abbia convenuto con un mi-
« nore divenuto maggiore, ch'egli non ritratterebbe la vendita di un fondo da lui fattami in età
« minore, ed abbia stipulato con lui in modo di
« penale una determinata somma, nel caso che ri-
« trattasse la convenzione; s'egli di poi mi citi per
« sentire omologare lettere di rescissione contro ta-
« le alienazione, la clausola penale inserita nel no-
« stro contratto non impedirà che io possa oppor-
« re contra la sua dimanda la eccezione d' inam-
« messibilità la quale risulta dall'obbligazione prin-
« cipale da lui assunta nel nostro contratto, di non
« ritrattare quest' alienazione. Ma siccome chi ha sti-
« pulato la penale non può ricevere e la penale e
« ciocchè si contiene nell'obbligazione principale, se
« io mi valgo dell' eccezione d' inamessibilità e lo
« faccia dichiarare irrecettibile, non potrò più di-
« mandare da lui la penale da me stipulata; e *vice*
« *versa* se ho dimandato la penale, non potrò va-
« lermi dell'eccezione d'inamessibilità. Tanto risul-
« ta dalla legge 10, § 1, ff. *de pactis.* »

« Il prescritto di questa legge, continua Pothier,
« non è punto contrario a quello della legge 122,
« § 6, ff. *de verb. oblig.* Quando ho convenuto con
« voi divenuto maggiore sotto una determinata pe-
« na, che non ritratterete la vendita di un fondo
« da voi fattami in età minore, l'oggetto di tal con-
« venzione è di procurarmi la mia liberazione da
« un' azione rescissoria che avevate effettivamente
« contro di me: perciò, allorchè opponendovi l'ecce-
« zione d'inammessibilità che risulta da questa con-
« venzione, e facendo per conseguenza dichiarare
« irrecettibile la vostra azione, io mi son procu-
« rato la liberazione da tale azione, non posso più
« dimandarvi la penale; altrimenti avrei nel mede-
« simo tempo e la cosa e la penale, ciocchè non può
« essere. Tal' è la specie della l. 10, § 1, ff. *de*
« *pactis* da noi riferita. Quella della legge 122 che
« ci viene opposta è differentissima. Dopo una di-
« visione valida per sè stessa, e non soggetta ad al-
« cuna azione rescissoria, per timore di essere espo-
« sti ad una lite, abbenchè mal fondata, abbiam
« convenuto, sotto una determinata penale, di non
« ritrattarla. L'oggetto di tale convenzione non è,
« come nella specie precedente, di procurarmi la
« liberazione da qualche azione rescissoria che voi
« avreste contra questa divisione, poichè voi non ne
« avevate alcuna; il solo oggetto della convenzione
« è di non essere esposto ad una lite: perciò se me
« ne avete intentata qualcuna, abbenchè io abbia
« ottenuto congedo dalla vostra dimanda, vi sarà luo-

« gò alla penale; giacchè essendo la sola cosa che
« formava l'oggetto della nostra convenzione il non
« essere esposti ad una lite, abbenchè mal fonda-
« ta, avendomene fatta soffrire una, è vero il dire
« che mi avete privato di ciocchè formava l'oggetto
« della nostra convenzione: donde emerge che avvi
« luogo alla penale ».

E quest'autore trattando più lungi (nel n.° 348) la quistione se sia necessario che il fatto il quale dà adito all'obbligazione penale abbia avuto effetto perchè sia dovuta la penale, dice che ciò dipende dall'intenzione avuta dalle parti; ma che si deve la penale nel caso della risoluzione da lui data sulla specie di una clausola penale apposta ad un atto di divisione, contra colui che contravvenisse a tale atto, ed ove egli cita in sostegno della sua opinione questa legge 122, § 6, ff. *de verb. oblig.*, la quale a creder suo non è contraria alla l. 10, § 1, ff. *de pactis*.

Ma dobbiamo far osservare che Pothier citando la l. 122 *de verb. oblig.* in sostegno del suo parere, omise una importante circostanza, la quale fa precisamente che questa medesima legge sembri formalmente opposta all' altra. In fatti non si tratta semplicemente nella specie di siffatta legge di un atto ordinario di divisione con clausola penale; si tratta di due fratelli istituiti eredi dal loro padre, e che erano da lui reciprocamente gravati di fedecommessi per la loro parte a vantaggio di quello che soprav-

vivesse (1). Eglino divisero i beni, facendosi scambievole remissione di fedecommessi; ed a tal effetto dichiararono nell'atto che non ritratterebbero la divisione così eseguita tra loro, e che se uno di essi la ritrattasse, pagherebbe una penale all'altro. Dopo la morte di uno d'essi, il superstite produsse contro gli eredi del premorto dimanda per restituzione delle cose componenti la parte di quest'ultimo nella eredità paterna, come essendo costui incaricato di consegnarceli a morte sua, secondo la volontà del testatore, ma obliando a tal riguardo la rinunzia fatta nell'atto di divisione, e che era una specie di transazione, un contratto il quale esonerava la parte di ciascuno dal peso di cui era gravato. Fu dichiarata dunque inammessibile la dimanda dell'attore, pel motivo che vi era stata transazione intorno a questo fedecommesso. In tale stato di cose il giureconsulto Scevola tratta la quistione se la penale contenuta nell'atto di divisione sia dovuta da chi produsse la dimanda, per aver con ciò contravvenuto all'atto di divisione; e dice che, secondo i fatti della causa, sia essa effettivamente dovuta. *Duo fratres hereditatem inter se diviserunt, et caverunt sibi* NIHIL SE CONTRA EAM DIVISIONEM FACTUROS: ET SI CONTRA QUIS FECISSET, PŒNAM ALTER ALTERI PROMISIT: *post mortem alterius, is qui supervixit petit ab heredibus eius hereditatem, quasi ex causa fideicommis-*

(1) Probabilmente pel caso in cui il premoriente non lasciasse figli, come l'osserva Gotofredo nelle sue note su questa legge.

si sibi a patre relicti debitam; et adversus eum pronunciatum est, quasi de hoc quoque transactum fuisset: Quæsitum est, an pœna commissa esset? Respondit, pœnam secundum ea quæ proponuntur, commissam.

Quindi gli eredi del premorto ebbero nel medesimo tempo il vantaggio di ritenere la porzione del loro autore, per effetto dell' abolizione del fedecommesso, e la penale; l'atto di divisione con cui i due fratelli avevano transatto su questo fedecommesso, rinunziando reciprocamente al suo beneficio eventuale, produsse un doppio effetto a vantaggio degli eredi del premorto: il congedo dalla dimanda prodotta dal superstite, per conseguenza la conservazione delle cose gravate del fedecommesso, e la penale promessa dal primo pel caso in cui ritrattasse la divisione eseguita con suo fratello; il che, come si scorge, non è il caso preveduto da Pothier, quello di una semplice divisione tra eredi che non avevano incarico di alcun fedecommesso gli uni verso gli altri, che non contrattarono sopra di altro se non sulla divisione de'beni, nel qual caso si concepisce benissimo che la clausola penale avendo soltanto per oggetto di prevenire una dimanda di nuova divisione, la penale è dovuta da colui il quale, non tenendo conto della divisione eseguita, produce siffatta dimanda, e ciò senza pregiudizio di conservare la divisione, se altronde tale divisione sia valida per sè stessa. Mentrechè nella specie della legge romana, oltre la divisione de' beni eseguita tra i due fratelli, cravi ri-

nunzia al fedecommesso di cui erano reciprocamente gravati l'uno verso dell'altro: la clausola penale dunque cadeva ancora sopra questa rinunzia, ed anche principalmente. Or se tale rinunzia ebbe il suo effetto, e se nondimeno la penale dovette esser pagata, come lo dice il giureconsulto, la parte ebbe al tempo stesso la cosa principale e la penale, contro la l. 10, § 1, ff. *de pactis*, checchè ne dica Pothier.

La l. 16, ff. *de transactionibus* dice che il creditore nel caso ivi preveduto può nel medesimo tempo far dichiarar valida la transazione e dimandare la penale al debitore che la ritratti; ma nella specie di questa legge avean le parti convenuto questo doppio effetto: la clausola penale non avea per oggetto che di prevenire una lite; era stipulata senza pregiudizio di mantener salda la transazione, e se l'art. 2047 c. c. = *1919 ll. cc.* debb' essere inteso unicamente di un caso simile, quando dice che puossi aggiungere ad una transazione la stipulazione di una penale contra colui che mancherà di eseguirla, non vi sarebbe dubbio alcuno: le parti dovrebbero osservare la legge da esse medesime impostasi. *Qui fidem licitæ transactionis rupit*, dice Ermogeniano in questa legge, *non exceptione tantum summovebitur, sed et pœnam, quam si contra placita fecerit,* RATO MANENTE PACTO, *stipulanti recte promiserat, præstare cogetur.*

Così, quando le parti abbiano convenuto che in caso di contravvenzione all' atto, s' incorrerà nella

penale, senza pregiudizio di dichiararsi valida la transazione, *rato manente pacto*, l' atto deve in fatti esser conservato, e la penale pagata dalla parte che contravviene alla convenzione. Ragionevolissima è questa risoluzione, perchè in fatti la penale fu stipulata principalmente colla mira di prevenire una lite. Ma non si trova una simile dichiarazione, *rato manente pacto*, nella specie della legge 122, § 6, ff. *de verb. oblig.*

La legge 37, Cod. *de transactionibus*, di cui non abbiamo ancora parlato, si limita a dichiarare che quando siasi apposta una penale ad una transazione, pel caso in cui una delle parti mancasse di eseguirla, l'altra parte può chiedere la penale; ma questa legge non dice che la parte può eziandio far dichiarare valida la transazione anche esigendo la penale, solo punto che formi dubbio: *Promissis transactionis causa non impletis, pœnam in stipulationem deductam, si contra factum fuerit, exigi posse constat.*

Finalmente nella relazione fatta al Tribunato sulla legge *delle transazioni*, a nome della sezione di legislazione, si legge: « La transazione come gli « altri contratti in generale è capace della stipula- « zione di una penale contra chi mancasse di ese- « guirla. Questa stipulazione ha regole particolari « riguardo alla sua esecuzione; e tali regole sono « accuratamente spiegate nella sezione VI del capi- « tolo III della legge *sui contratti ed obbligazioni* « *convenzionali in generale* ». Ciò posto, la regola

che il creditore non può al tempo stesso dimandare la cosa principale e la penale, quando non sia stata stipulata per la semplice mora, sarebbe dunque applicabile alle transazioni del pari che agli altri contratti.

Molte spiegazioni furono date per conciliare le due leggi romane da principio citate, indipendentemente da quella di Pothier, il quale veramente non le concilia per nulla, perchè quest'autore ha snaturata la specie di uno di tali testi. Noi crediamo di averli meglio compresi. Si cercò puranche di conciliare i nostri art. 1229 e 2047 = *1182 e 1919 ll. cc.* coll' esame delle leggi romane; e convien confessare di non essersi meglio sotto tal rapporto riuscito.

Dice bene Toullier (1), che la clausola penale aggiunta ad una transazione essendo stipulata per por termine ad una lite o per prevenirne un'altra, la infrazione della transazione o il rifiuto di eseguirla è la sola condizione da cui i contraenti fecero dipendere l'origine dell'obbligazione penale; che tale condizione è dunque adempita, e per conseguenza s' incorre nella penale e divien essa esigibile dal momento in cui è infranta la transazione, o il debitore vien costituito in mora ad eseguirla; e che il giudice il quale si facesse lecito di riserbarsi a pronunziare sulla dimanda della penale quando deciderà sul merito, o di ritardarne la condanna sino alla sentenza diffinitiva, controvverrebbe alla legge

(1) Tom. VI, n.° 829.

del contratto, perchè giudicherebbe anticipatamente che l' obbligazione di pagare la penale non dipende dalla sola condizione apposta dai contraenti, cioè dalla infrazione della transazione, o dal rifiuto di eseguirla, ma ancora dall' esito della sentenza da profferirsi in merito, sia a favore di chi infranse la transazione, sia contro di lui: lo che non è così ».

Ma quest' autore soggiunge che « dopo aver dimandato il pagamento della penale, la parte può ancora dimandare l'esecuzione della transazione, o desumere da tale atto una eccezione contra la dimanda del suo avversario; che in ciò essa non contravviene alla regola sancita dall'art. 1229 c. c. = *1182 ll. cc.* il quale non richiede che si possa dimandare al tempo stesso l' oggetto principale e la penale, che vi sono due eccezioni a questa regola: una allorchè la penale viene stipulata per la semplice mora; l' altra allorchè viene stipulata indipendentemente dall' obbligazione primitiva, e senza pregiudicare alla sua esecuzione, *rato manente parto*, come dice la l. 16, ff. *de transact.*; che non avvi alcun dubbio quando risulti dalla convenzione che la penale sia stata stipulata pel solo fatto della infrazione della transazione, pel rifiuto di eseguirla; che allora nessuna delle parti sarà ammessa ad impugnarla, prima di pagare la penale convenuta, in somma ch' è dovuta senza pregiudizio dell'esecuzione della transazione; ma di più che questa convenzione *sembra implicitamente* contenuta nella clausola penale aggiunta alla transazione; che la

penale è stipulata non come una compensazione dei danni ed interessi che potrebbero risultare dall'assoluta inesecuzione della transazione, ma come una indennità degl' imbarazzi delle spese, delle inquietudini che cagiona all'altra parte la necessità di sostenere una lite la quale si avrebbe voluto prevenire; che in tal modo devonsi interpetrare le clausole penali aggiunte alle transazioni, allorchè le parole della convenzione non vi si oppongono. »

Quindi, secondo quest'autore, ogniqualvolta le parole della convenzione non vi si opponessero, si dovrebbe intendere l'art. 2047 c. c.=*1919 ll. cc.* come contenente una regola indipendente da quella dell'art. 1229 c. c.=*1182 ll. cc.*

Delvincourt dà un'altra interpetrazione. « Come, « egli dice, debbono intendersi queste parole del- « l'art. 2047 c. c.=*1919 ll. cc.*: Ad una transa- « zione si può aggiungere la stipulazione di una pe- « na *contra colui che manchi di adempierla*, « quando le parti non si spiegarono sul motivo che « ebbero pattuendo la clausola penale? Se una « delle parti contravviene a qualche oggetto com- « preso nella transazione, o mediante questa me- « desima transazione che le è opposta, sia riget- « tata la sua dimanda, il convenuto potrà mai chie- « dere la penale? non gli si opporrà forse la re- « gola che non può avere al tempo stesso l'ogget- « to principale e la penale?

« Io opino che tale quistione, la quale è assai « delicata e su cui le stesse leggi romane non sem-

« brano essere di accordo, come puossi vedere dal « confronto delle leggi 10, § 1, ff. *de pactis*, e 122 § 6, « ff. *de verb. oblig.* (1), possa risolversi coll'aiuto della « seguente distinzione. Se tutto sia finito colla tran- « sazione, in modo che nulla avvi a fare, nul- « la ad eseguire da alcuna parte, e nondimeno « siasi stipulata una penale, si presumerà che le parti « vollero prevenire ogni lite; e subitochè ve ne sia « stata si è incorso nella penale, quando anche la « dimanda dell' attore fosse rigettata. Ma se la tran- « sazione contenesse puranche obbligazione dal can- « to delle parti, o di una di esse, di dare o di « far qualche cosa, si presumerà che la penale « fu stipulata soltanto pel caso in cui le cose pro- « messe non fossero eseguite; ed in conseguenza se « la parte la quale ha interesse che l'obbligazione « sia eseguita, procede ed ottiene l'esecuzione, non « potrà chiedere la penale ».

Siffatta conciliazione ci sembra vieppiù uniforme alle regole che la opinione troppo assoluta di Toullier. Essa altronde è molto unisona a quella di Pothier, secondo il modo con cui cercò di conciliare la legge 10, § 1, ff. *de pactis*, colla legge 122, § 6, ff. *de verb. oblig.* Del resto è indubitato che la l. 16, ff. *de transact.* non si addice per nulla alla quistione, poichè essa parla di un caso in cui le parti espressero la loro intenzione che la clausola

(1) Quindi Delvincourt non crede, al pari di Pothier, che questi due testi si conciliino perfettamente; in quanto a noi, reputiamo al contrario che nella sostanza essi sieno opposti.

penale avesse il suo effetto, senza pregiudizio di quello della transazione medesima (*rato manente pacto*), qualora una delle parti non eseguisse la convenzione. Sarebbe anche opposta all'opinione di Toullier, per argomento *e contrario*, se gli argomenti di questa specie fossero sempre di gran peso.

Chechè ne sia, non avvi ragione di dire che in una transazione la quale lascia dare o fare qualche cosa da ciascuna delle parti, o da una di esse, ed a cui si aggiunse una clausola penale, vi sia luogo al tempo stesso all' esecuzione della transazione ed alla penale in caso d'infrazione, viemaggiormente che non ve n'ha a dirlo in un contratto di vendita, di società, in un atto di conferma, ec.; giacchè in tutti questi casi eziandio la clausola penale fu stipulata per assicurare l' esecuzione della convenzione, in conseguenza, per prevenire imbarazzi, una lite ancora, pel timore ch'essa ha per oggetto d' inspirare al debitore. È dunque questa una quistione d'intenzione, ma che non deve in generale, anche in materia di transazione, essere risoluta nel senso che vi sia luogo a dimandare la cosa principale e la penale, come il dice Toullier.

Converremo tuttavia, ed appunto perchè trattasi d' una quistione d'intenzione, che se la penale stipulata fosse poco considerevole, in confronto del valore de' dritti domandati e dalla transazione assicurati alla parte che l'esegue, questa penale dovrebbe considerarsi come convenuta principalmente pel danno che le facesse provare la mancanza

di esecuzione volontaria dell'atto, ed in conseguenza che la contravvenzione farebbe incorrere nella penale, abbenchè tale contravvenzione non avesse avuto alcun risultamento, dovendosi puranche eseguire la transazione. Ma se la penale non fosse visibilmente di un valore inferiore a ciocchè una delle parti doveva ancor fare per l'altra in esecuzione della transazione, allora quest'ultima parte non avrebbe che la scelta, o della penale in caso d'inesecuzione, e ritenendo ciocchè ha in suo potere, o di conchiudere per l'esecuzione della transazione in tutto il suo tenore.

346. Devonsi generalmente applicare le medesime risoluzioni, e colle stesse modificazioni, agli atti di conferma o di ratifica con clausola penale delle obbligazioni annullabili o rescindibili, capaci di essere confermate; e ciò posto, se l'obbligazione confermata sia stata eseguita in tempo d'incapacità, o durante la violenza o prima della scoperta del dolo o dell'errore, siccome l'atto confermativo con clausola penale fu consentito evidentemente colla mira soltanto di prevenire un'azione per nullità o per rescissione, devesi dire che la parte la quale contravviene a quest' obbligazione, e per la ragion medesima all'atto di ratifica, deve subire la pena, e dev'esser costretta eziandio a rispettare questo atto. Ma se al contrario l'obbligazione primitiva non sia stata ancora eseguita allorchè è intervenuto l'atto confermativo con clausola penale, ed il debitore, non ostante questo atto, non voglia eseguire la prima obbligazione, allora il creditore

non ha che la scelta, o di domandare la penale al debitore costituito in mora, ma lasciando a costui i mezzi che poteva allegare contra tale obbligazione, oppure di domandare l'esecuzione di questa medesima obbligazione, in virtù dell'atto confermativo, e trascurando di domandare la penale. Imperocchè diversamente sarebbe dimandare la cosa principale e la penale, contra la regola dell'art. 1229 c. c. = *1182 ll. cc.* In vece che nel primo caso, siccome essa non fu evidentemente promessa che per prevenire una lite, dimandandola per tal caso, vien dimandata precisamente per l'obbietto pel quale era stata stipulata.

347. La medesima risoluzione deve puranche applicarsi, e colla stessa distinzione, alle clausole penali inserite negli atti di divisione, e specialmente quando in questi atti con clausola penale non vi saranno punti litigiosi o controversi tra le parti, come quistioni di collazione o di riduzione, o controversie sulla quota spettante a ciascuna di esse; ma sarà semplicemente una divisione de' beni: allora la clausola penale sarà stata evidentemente convenuta colla semplice mira di prevenire una dimanda di nuova divisione, e se tale dimanda ha luogo, si sarà incorso nella penale, senza pregiudizio di rimaner ferma la divisione.

348. Tuttavolta tale divisione potrebbe ancora essere impugnata per le cause ordinarie di nullità o di rescissione, in conseguenza per causa di lesione di oltre il quarto, in conformità dell'art. 888 c.

c. = *808 ll. cc.* il quale prescrive che l'azione di rescissione si ammette contra qualunque atto che abbia per oggetto di far cessare la comunione tra i coeredi, ancorchè fosse qualificato con titoli di vendita, di permuta, di transazione, o di qualunque altra maniera. E la penale medesima non sarebbe più dovuta se vi fosse effettivamente lesione oltre il quarto, attesochè essa non è dovuta quando la convenzione principale è nulla (art. 1227 c. c. = *1180 ll. cc.*): or la rescissione ha il medesimo effetto della nullità circa alla clausola penale. Nè puossi sotto la forma di una penale coprire il vizio di lesione di oltre il quarto in una divisione, del pari che non lo si può con un'altra via indiretta, come la vendita o la transazione: in diverso modo lo scopo della legge sarebbe facilmente eluso.

349. Finalmente se siasi apposta una penale ad un compromesso contro colui che mancasse di eseguire la sentenza degli arbitri o che la impugnasse con uno de'rimedj stabiliti dal codice di procedura (art. 1023 a 1028 c. pr. = *1099 a 1104 ll. proc. civ.*), la parte che l'impugna o si rifiuta di eseguirlo, può essere costretta dall'altra a pagare immediatamente la penale, ammenochè tuttavia il compromesso medesimo non fosse impugnato per causa di nullità. Ma chi ottenne la penale non può più dimandare l'esecuzione della sentenza, perchè non deve avere l'una e l'altra. Le parti saranno a tal riguardo nel medesimo stato come prima del compromesso. E se abbia pro-

ceduto per l'esecuzione della sentenza e l'abbia ottenuta, non potrà più dimandar la penale.

350. Nei casi ordinarj, in cui il creditore non può richiedere che l'esecuzione dell'obbligazione principale o la penale, se scelga per la penale non deve dimandare, o con interpellazione giudiziale, o con precetto o intimazione, l'esecuzione del contratto, e neanche l'esecuzione del contratto o la penale, ma la penale soltanto: altrimenti il debitore notificandogli immantinente ch'egli intende di uniformarsi alla dimanda, il patto sarebbe formato (argomento dell'art. 1211 c. c. = *1164 ll. cc.*), e non si potrebbe più dimandare la penale. Sarebbe obbligato di contentarsi dell'esecuzione del contratto, perchè si reputerebbe di aver rinunziato alla penale, come si reputa di aver il creditore rinunziato alla solidalità rispetto a quel debitore solidale contro al quale fece la dimanda per la sua parte, se questo debitore aderì alla dimanda, o vi fu una sentenza di condanna. E se voglia costituire il debitore in mora ad effetto di ottenere la penale, deve intimarlo per lo pagamento di essa, notificandogli ch'è in mora ad adempiere l'obbligazione principale: se il debitore non ubbidisce a tale intimazione, il creditore produce contro di lui dimanda giudiziale, tranne se abbia un titolo in forma esecutiva, ciocchè lo dispenserebbe, almeno generalmente, di fare simile dimanda.

QUINTA REGOLA: *Non s' incorre nella penale se non quando il debitore sia in mora di adempiere la sua obbligazione.*

351. L'art. 1230 c. c. = *1183 ll. cc.* stabilisce tale regola in questi termini: « O che l' obbliga-« zione principale contenga un termine nel quale « si debba eseguire, o che nol contenga, non s'in-« corre nella pena, se non quando colui ch'è ob-« bligato a dare, o ricevere o a fare, sia in mora.»

352. Quindi la semplice fissazione di un termine non basta per far incorrere nella penale il debitore che non adempì alla sua obbligazione all'epoca stabilita, almeno in generale, perchè in fatti generalmente non lo costituisce in mora. Ma da molti testi del dritto romano sembra risultare che la fissazione di un termine faceva incorrere nella penale *ipso facto*, se il debitore non adempiva la sua obbligazione nel giorno prefisso. Secondo siffatti testi, non eravi bisogno a tal uopo di alcuna dimanda o interpellazione, ma bastava la sola scadenza del termine. La l. 23, ff. *de obligat. et actionib.* sembra essere in questo senso.

Il giureconsulto Ulpiano dice anche, nella l. 77, ff. *de verb. oblig.*, che la sola scadenza del termine fa incorrere nella penale il debitore che non esegue l' obbligazione al giorno stabilito, abbenchè il creditore sia morto, e la sua eredità non sia ancora accettata, e per conseguenza nel caso in cui per-

sona alcuna non potè interpellare il debitore. E questa legge parla eziandio di un caso di obbligazione di somma, pagabile ad un giorno determinato, con clausola penale.

Che anzi nelle obbligazioni di fare in un dato termine un' opera che richiedeva un certo tempo per la sua formazione, la penale stipulata dovevasi, prima di spirare il termine, appena era divenuto certo che l' opera non poteva esser più fatta nel termine stabilito; in modo che la proroga del termine che fosse accordata posteriormente al debitore dal creditore non lo libererebbe dalla penale in cui fosse incorso prima di tal proroga. Ma se la medesima era stata accordata ad un' epoca in cui rimaneva ancora assai tempo sino al termine per fare o terminar l'opera, non s'incorreva nella penale se non quando non poteva più esser terminata prima di trascorrere la proroga. Queste risoluzioni risultano dalla legge 113, ff. *de verb. oblig.*

Tuttavolta sembra da un altro canto, che non vi era uniformità di parere fra i giureconsulti sul punto se la sola fissazione di un termine facesse incorrere nella penale nei casi ordinarj, allorchè il debitore non avesse eseguito nel termine; imperocchè, dice Giustiniano nella l. 12, Cod. *de contrah. et commit. stipul.*, che egli intende togliere un dubbio il quale diede origine a molte liti sino al suo tempo, ed a tale effetto stabilisce che se qualcuno promette di fare o di dar qualche cosa in un giorno determinato, *ed aggiunge alla sua promessa*

una penale nel caso in cui ciocchè si obbliga di fare o di dare non fosse fatto o dato nel termine stabilito, s'incorrerà nella penale per la sola mancanza di esecuzione alla scadenza del termine, e che il debitore non potrà evitarlo allegando che non fu intimato per eseguire, attesochè doveva sapere che doveva farlo, senza aver bisogno per ciò di avviso (1). Or se nel caso preveduto da Giustiniano in cui le parti avean convenuto che la mancanza di esecuzione al termine stabilito farebbe incorrere nella penale, eravi controversia sul punto in quistione, viemaggiormente doveva esservene allorchè l'atto contenea semplicemente un termine per l' esecuzione. Checchè ne sia, Pothier riguardava come regola indubitata che nel dritto romano la semplice fissazione di un termine, in qualunque specie di obbligazione, bastava a porre il debitore in mora e farlo incorrere nella penale, se non eseguiva nel termine. Ammettendo come esatta tale interpetrazione di Pothier, la quale è puranche, convien dirlo, quella di molti altri interpetri, bisogna stabilire il confronto del dritto romano su tal punto così inteso, col-

(1) *Magnam legum veterum obscuritatem, quæ protrahendarum litium magnam occasionem usque adhuc præbebat, amputantes, sancimus: ut si quis certo tempore facturum se aliquid, vel daturum stipuletur, vel quæ stipulator voluit, promiserit, et adjecerit, quod si statuto tempore minime hæc perfecta fuerunt, certam pœnam dabit: sciat minime se posse debitor ad evitandam pœnam adjicere quod nullus eum admonuit. Sed etiam citra ullam admonitionem eidem pœnæ pro stipulationis tenore fiet obnoxius: cum ea, quæ promisit, ipse in memoria sua servare, non ab aliis sibi manifestari debeat poscere.*

la nostra antica giurisprudenza ed i canoni del Codice.

Del resto allorchè non era stabilito alcun termine per l'esecuzione dell' obbligazione, non s'incorreva nella penale se non colla contestazione della lite, avvenuta sulla dimanda del creditore, come risulta dalla legge 122, § 2, *de verb. oblig.* (1).

Nella nostra antica giurisprudenza al contrario, sia che l' obbligazione primitiva contenesse un termine entro il quale doveva eseguirsi, sia che non ne contenesse, generalmente vi bisognava una dimanda giudiziale per costituire in mora il debitore, e per dar luogo in conseguenza alla penale (2). Si faceva tuttavia eccezione pe' casi in cui il debitore si costituisce da sè stesso in mora, come nelle obbligazioni di non fare qualche cosa, allorchè contravvenga alla sua promessa; e nelle obbligazioni di fare o di dare qualche cosa che non poteva esser fatta o data colla medesima utilità pel creditore se non in un determinato tempo che ha lasciato trascorrere senza eseguire l'obbligazione: allora s'incorreva nella penale per questo solo fatto; non era ciò dubbioso nel dritto romano in questi medesimi casi, e neanche lo è vigente il Codice.

353. Dal confronto degli art. 1139 e 1230 c. c. = *1093 e 1183 ll. cc.* si scorge, che anche nei casi ordinarj il Codice si è ravvicinato alle regole del dritto romano, senza interamente adottarle nulla-

(1) Pothier, n.° 349, interpetra puranche in questo senso tale testo.
(2) Pothier, *ibid.*

dimeno in questi medesimi casi, e che ha derogato in un punto importante all'antica giurisprudenza, secondo la quale in questi casi vi bisognava una dimanda giudiziale per costituire in mora il debitore e farlo incorrere nella penale.

Il Codice si è approssimato al dritto romano in quanto che, secondo l'art. 1139 c. c. = *1093 ll. cc.*, la mora può risultare dalla sola scadenza del termine se la convenzione stabilisca che *il debitore sarà in mora colla sola scadenza del termine senza necessità di alcun fatto;* or il debitore in mora incorre nella penale, secondo l'art. 1230 c. c. = *1183 ll. cc.* La legge 12, Cod. *de contrah. vel committ. stipul.*, innanzi citata, dice similmente, come si è veduto, che la penale è dovuta allorchè la convenzione stabilisca che s'incorrerà in essa per la sola mancanza di esecuzione dell'obbligazione nel giorno indicato.

Ma il Codice differisce dal dritto romano, come l'interpetrava Pothier, in quanto che anche nei casi ordinarj, secondo quel dritto, la semplice fissazione di un termine costituiva in mora il debitore e lo faceva incorrere nella penale, se non avea eseguito nel giorno determinato; mentrechè, secondo il Codice civile, è necessario a tal uopo che vi sia stata convenzione che il debitore sarà in mora colla sola scadenza del termine senza necessità di alcun fatto; salvo i casi di obbligazioni di non fare, alle quali il debitore avesse contravvenuto, e quelle eziandio che hanno per oggetto una cosa che egli non

poteva fare o dare se non in un determinato tempo, che lasciò trascorrere senza eseguire l' obbligazione.

Quindi la convenzione che il debitore sarà in mora colla sola scadenza del termine e senza necessità di alcun fatto, costituendolo in mora per danni ed interessi, se l'obbligazione non venga effettivamente eseguita nel termine convenuto, lo fa per la medesima ragione e nel medesimo caso incorrere nella penale, che n' è la compensazione. In vece che nell' antica giurisprudenza, e salvo i casi di cui abbiamo parlato, vi sarebbe bisognato una interpellazione giudiziale per farlo incorrere nella penale; una semplice intimazione non sarebbe stata a tal effetto bastante. Si reputò che l' antica giurisprudenza richiedeva senza necessità una dimanda giudiziale per porre in mora il debitore, e che una semplice intimazione era anche inutile allorchè la convenzione stabilisca che ve lo costituirà la sola scadenza del termine, senza la necessità di alcun fatto; giacchè è questa una legge che il debitore si fece e che dee rispettare. Ma da un'altra banda si credette di non essere bastante nei casi ordinarj la semplice fissazione di un termine, come nel dritto romano interpetrato secondo Pothier ed altri. Si dovè in fatti porre in perfetta armonia la clausola penale coi danni ed interessi di cui fa le veci, e si volle che i danni ed interessi nei casi ordinarj fossero dovuti soltanto per la costituzione in mora fatta con una intimazione o altro atto equivalente, ovvero per effetto

di una speciale convenzione, e non per lo solo trascorrimento del termine stabilito per l' esecuzione dell' obbligazione. Si temettero le frodi.

Erano necessarie tali osservazioni, perchè sovente in questa materia s' invocano disposizioni del dritto romano che non sono sempre di gran peso nella soluzione delle quistioni che si presentano, e che anche ben interpetrate sono talune volte contrarie.

In somma secondo il Codice civile, sia che l'obbligazione contenga un termine entro il quale debba eseguirsi, sia che non ne contenga, non s'incorre nella penale se non quando il debitore sia in mora.

Or, ai termini dell'art. 1139 c. c. = *1093 ll. cc.*, il debitore è costituito in mora tanto colla intimazione o altro atto equivalente, quanto in virtù della convenzione, allorchè essa stabilisca che il debitore sarà in mora per la sola scadenza del termine senza necessità di alcun fatto. In quest' ultimo caso, *dies pro homine interpellat.* Il debitore era avvertito mediante la convenzione; egli non può dolersi; doveva porsi in istato di eseguire la sua obbligazione; il tutto salvo quanto sarà detto in appresso.

Viemaggiormente una dimanda giudiziale costituisce in mora il debitore, e lo fa incorrere nella penale, salvo pure ciocchè tra poco si dirà.

E vi si costituisce da sè stesso nelle obbligazioni di non fare, allorchè fa ciocchè si aveva vietato. Per questo solo fatto egli deve i danni ed interessi (art. 1145 c. c. = *1099 ll. cc.*), e per conseguenza la penale, che n'è la compensazione; art. 1229 c. c. = *1182 ll. cc.*

Tuttavolta, come osserva Pothier, se il fatto non ha avuto alcuna conseguenza pel creditore, non ha in nulla scemato i suoi dritti, nè gli ha turbati in alcun modo, non si è incorso nella penale. Tal sarebbe il caso, dice quest'autore, in cui io avessi convenuto con qualcuno, sotto una clausola penale, che non locherebbe la sua casa, vicina alla mia, ad un individuo di professione chiavaiuolo o ferraio: quando anche egli l' avesse locata a taluno di questa professione, se l' affitto non ebbe esecuzione per qualsivoglia causa, per esempio perchè volontariamente o forzosamente si è sciolto il contratto, la penale non è dovuta, attesochè ciocchè io stipulando voleva evitare, era appunto la vicinanza di una persona il cui lavoro mi avrebbe incomodato; era questa la mia intenzione. Per effetto dell' avvenimento non provando alcun pregiudizio o incomodo, non possono esser dovuti danni ed interessi, nè per conseguenza alcuna penale, poichè questa è stipulata per farne le veci. Le convenzioni debbono sempre interpetrarsi nei loro effetti, secondo la verisimile intenzione delle parti; art. 1156 c. c. = *1109 ll. cc.*

Infine nelle obbligazioni di fare o di dare qualche cosa che non poteva esser fatta o data colla medesima utilità pel creditore se non in un determinato tempo che il debitore lasciò trascorrere senza eseguire la sua obbligazione, costui è puranche costituito in mora per lo solo fatto del ritardo (art. 1146 c. c. = *1100 ll. cc.*), ed in conseguenza si è

incorso nella penale. In questi casi puranche *dies pro homine interpellat.*

In somma ciocchè noi dicemmo nel tomo precedente (1) sulla costituzione in mora del debitore rispetto alla perdita della cosa ed ai danni ed interessi, si applica alla clausola penale.

354. Ma del parì, come noi il facemmo osservare nella medesima parte, dovendo eseguirsi il pagamento nel luogo indicato dalla convenzione; se il luogo non vi sia indicato e si tratti di un corpo determinato, dovendo farsi il pagamento nel luogo in cui era al tempo dell' obbligazione la cosa che ne fa l' oggetto; e negli altri casi, nel domicilio del debitore (art. 1247 c. c. = *1200 ll. cc.*), ne segue che non s'incorre nella penale per la sola scadenza del termine, se il creditore non si presenti per ricevere il pagamento ove dev'esser fatto, quantunque la convenzione stabilisse altronde che il debitore sarà in mora colla sola scadenza del termine, senza necessità di alcun fatto; giacchè non è perciò obbligato di portare la cosa o la somma nel domicilio del creditore; deve questi al contrario presentarsi per riceverla al luogo in cui il pagamento deve effettuarsi, ed allorchè l' obbligazione non sia stata eseguita pel fatto del creditore, non potrebbe esservi luogo alla penale (2). Ma se egli, o qualcuno in vece sua, si presenti, ed il debitore non ese-

(1) Capitolo III, sez. II, § 3, e sez. III e IV, n.° 464 a 467, inclusivamente.

(2) L. 122, § 3, ff. *de verb. oblig.*

guisca la sua obbligazione, allora deve far comprovare il rifiuto di pagamento, e la penale sarà dovuta: egli non può tuttavolta farlo comprovare che il giorno appresso a quello della scadenza, perchè, come più sopra si è detto (n.° 111), il giorno del termine appartiene per intero al debitore (1).

355. Dippiù nelle obbligazioni che non han termine stabilito per l' esecuzione, la sola intimazione fatta al debitore di eseguire l' obbligazione non basta per farlo incorrere nella penale; è d'uopo ancora ch' egli non esegua nel termine che fosse necessario perchè la cosa potesse esser fatta o data; imperocchè chi ubbidisce a ciocchè gli viene ingiunto non è in mora: *is moram videtur fecisse qui litigare maluit, quam restituere:* l. 82, § 1, ff. *de verb. oblig.* E se la intimazione contenesse un termine per l'esecuzione, non s'incorrerebbe nella penale che alla scadenza del termine; ma allora il sarebbe senza che vi bisognasse un nuovo atto per costituire il debitore in mora se il termine fosse bastante, giacchè vi era stato costituito colla intimazione, abbenchè non fosse ancora in mora all'epoca in cui fu fatta: essa ve lo ha messo per l' avvenire, senza pregiudizio ancora di ciocchè si è detto rispetto al luogo ove deve farsi il pagamento ed all' obbligo pel creditore di presentarsi o di far presentare qualcuno per riceverlo, quando non deb-

(1) L. 42, ff. *de verb. oblig.*, e § 2, Instit. *eod. tit. V.* puranche nel tomo precedente, n.° 443.

l' esser fatto nel suo domicilio o nel domicilio di un terzo designato.

Finalmente anche nel caso in cui l' obbligazione contenga un termine, ed il creditore abbia intimato il debitore per l' esecuzione, se questi offra di pagarlo immediatamente, non s'incorre nella penale. Sarebbe eziandio così nel caso di una dimanda giudiziale. Non si perda di mira che il debitore non è obbligato di fare offerte per prevenire una dimanda; che ha soltanto la facoltà di farne, e che quante volte dietro la intimazione o dimanda di pagamento a lui fatta, egli paghi o offra di pagare, non è in mora, abbenchè siasi fatto un atto che doveva avere per effetto di costituirlo in mora, giusta l'art. 1139 c. c. = *1093 ll. cc.* Ma questo atto non doveva avere tale effetto se non quando il debitore non vi ubbidisse immediatamente: era condizionale in sè stesso. In somma chi fa ciocchè gli si dimanda, e lo fa ove il deve fare, e nel tempo convenuto, non è in mora, perchè, ripetiamolo pure, *is moram videtur fecisse qui litigare maluit, quam solvere.*

356. E, come lo abbiam detto, allorchè il debitore fu per fatto del creditore impedito di adempiervi, non vi potrebbe esser luogo alla penale; l. 122, § 3, ff. *de verb. oblig.* Tal' è il caso in cui non volle ricevere le regolari offerte a lui fatte, o allorchè intimò al debitore di non fare ciocchè questi erasi obbligato di fare, e gli negò la materia che doveva somministrargli a tal uopo.

357. Avvien lo stesso allorchè per effetto di forza irresistibile il debitore non fece ciocchè aveva promesso di fare, o fece ciocchè si aveva vietato: in tai casi puranche non sono dovuti danni ed interessi (art. 1148 c. c. = *1102 ll. cc.*), nè per conseguenza alcuna penale, poichè la penale vien stipulata per farne le veci; art. 1229 c. c. = *1182 ll. cc.*

Sesta regola: *La penale può modificarsi dal giudice quando l'obbligazione sia stata in parte adempiuta.*

358. Un debitore non può fare al suo creditore, contra la costui volontà, un pagamento parziale (art. 1220 c 1244 c. c. = *1173 e 1197 ll. cc.*), finchè la sua obbligazione, abbenchè divisibile, non si divida per effetto di qualche circostanza, come sarebbe il caso in cui si fosse effettuata una compensazione parziale (art. 1290 c. c. = *1244 ll. cc.*): per cui le offerte che gli facesse di una parte del debito non lo libererebbero da alcuna parte della penale stipulata, perchè sarebbero nulle; art. 1258 c. c. = *1211 ll. cc.*

Ma se il creditore abbia acconsentito a ricevere un pagamento parziale, o se il debito siasi estinto in parte per effetto della compensazione, la penale debb' essere modificata; giacchè non essendo stipulata che per far le veci de' danni ed interessi che mai fossero dovuti in ragione del danno risultante dall' inadempimento dell'obbligazione, è chia-

ro ch' egli riceverebbe al tempo stesso, contra il voto della legge, la sorte principale e la penale, ricevendo parte del debito e l'intera penale: essa dunque debb' essere ridotta.

L'art. 1231 c. c. = *1184 ll. cc.* sembra in vero lasciare ciò alla saggezza del magistrato, giacchè dice: « La pena *può* esser modificata dal giudice, « quando l'obbligazione è stata in parte adempiu- « ta ». Egli è perchè in fatti vi sono casi in cui l'esecuzione parziale non impedirebbe che la penale fosse dovuta per intero, poichè questa esecuzione parziale non avrebbe prevenuto per alcuna parte il danno provato dal creditore per la mancanza d'esecuzione dell'obbligazione nel suo intero. Fra poco ne daremo degli esempj; ma per regola allorchè il debito sia stato soddisfatto in parte, la penale dev'essere modificata, perchè viene stipulata per tener luogo dei danni ed interessi in caso d'inadempimento dell'obbligazione, e questi danni ed interessi rappresentando l'oggetto dell' intero debito, debbono esser minori quando essa sia stata soddisfatta in parte.

Appunto per tal motivo Ulpiano nella l. 9, § 1, ff. *si quis cautioni in judicio sistendi causa factæ non obtemperaverit*, dice che, sebbene secondo la sottigliezza del dritto la penale, nel caso preveduto in questa legge, potesse sembrare esser dovuta per intero, nondimeno è giusto che non lo sia se non in proporzione della parte dell' obbligazione che non fu adempita. Nella specie della legge un individuo erasi obbligato di presentare in giudizio ta-

lui schiavi, che da lui si reclamavano, ed avea promesso una penale in caso d'inadempimento. Non essendosi presentato uno degli schiavi, Ulpiano dice, secondo Labeone, che in verità con questo sol fatto si è incorso nella intera penale, perchè era stata essa stipulata per la mancanza di presentazione di tutti gli schiavi; ma il giureconsulto soggiunge che se il debitore offra la penale in ragione dello schiavo non presentato, e che non ostante ciò il creditore procede di poi contro di lui per la penale, egli potrà far rigettare la sua dimanda coll' eccezione di dolo, attesochè non deve, dopo aver eseguito in massima parte l'obbligazione, pagare ancora la intera penale.

In conseguenza di tale regola Molineo dice che: *In omnibus obligationibus, sive individuis, sive dividuis, pœna non committitur, nisi pro parte contravventionis efficacis, nec potest exigi cum principali; sed creditor non tenetur partem principalis et partem pœnæ accipere;* Molineo *tract. de divid. et indiv.*, § 3, n.° 112.

Così, io convengo con una persona ch'essa mi somministrerà nella prossima primavera mille arbusti della tale specie per piantare un verziere o un viale, sotto pena di 1,000 franchi di danni ed interessi. Il debitore, come dice Molineo alla fine della sua risoluzione, non può costringermi a ricevere 500 arbusti, offrendo di pagarmi la metà della penale. Primieramente perchè io non potrei esser costretto di ricevere parte di una cosa e parte dell'al-

tra, anche quando l'obbligazione fosse alternativa, ed essa non lo è; secondo, perchè non posso esser costretto a ricevere parte del debito, quantunque fosse di una somma; ed infine perchè essendo necessarj i mille alberi stipulati per eseguire la completa piantagione che io mi son proposto di fare, proverei un danno se non avessi di che farla se non in parte soltanto. Ma se mi contento di ricevere i 500 arbusti che mi offre il debitore, non posso di poi chiedere la penale per intero, poichè essendosi convenuta questa penale per far le veci de' danni ed interessi, ed i danni ed interessi facendo le veci dell' intero debito, subitochè è soddisfatta una parte di tal debito, una parte corrispondente della penale non ha più oggetto. Dimandare ancora la penale per intero, sarebbe dunque un' ingiustizia.

Purtuttavolta, come il dicemmo, l'art. 1231 c. c. = *1184 ll. cc.* sembra lasciare al giudice la facoltà di modificare oppur no la penale, poichè dice che « la pena *può* modificarsi dal giudice quando « l' obbligazione principale è stata in parte adem- « piuta ». Tuttavia non crediamo che ciò sia in facoltà del giudice quando il creditore abbia ricevuto volontariamente dal debitore un pagamento parziale senza la riserva che la penale sarebbe ancora dovuta per lo intero in mancanza di esecuzione del rimanente dell' obbligazione secondo il suo tenore; se egli abbia fatto tale riserva, ed il debitore vi abbia aderito, allora è questa una nuova convenzione che deve ricevere il suo effetto come nei casi ordinarj.

Avvi una specie di novazione rispetto alla penale, perciocchè avrebbe dovuto ridursi secondo il dritto comune, e non dovrà esserlo secondo la convenzione.

Ma il giudice ha la facoltà di mantenere la penale per lo intero allorchè l'esecuzione parziale dell'obbligazione non sia stata fatta coll'espresso consenso del creditore e non abbia prevenuto per alcuna parte il danno che ei voleva prevenire stipulandola. Nel distendersi l'art. 1231 di sopra citato si previde appunto questo caso, lasciando al giudice il potere di modificarla. Per esempio, mi sono obbligato verso di voi di pagare a Paolo, che minaccia di usar contro voi l'arresto personale e di far vendere i vostri beni, la somma di 3,000 franchi in un mese a contare da questo giorno, sotto pena di 200 fr. di danni ed interessi. La penale è qui stipulata pel semplice ritardo. Io ho pagato soltanto 1,500 fr., che Paolo si è contentato di ricevere. In tal caso convien distinguere: se i 1,500 fr. pagati non hanno impedito a Paolo di procedere, specialmente di eseguire contro di voi l'arresto personale, tal pagamento parziale non sarà menomamente di ostacolo che la penale sia dovuta per intero, perchè sebbene Paolo abbia volontariamente ricevuto i 1,500 franchi, non si presume che gli abbiate ricevuto volontariamente voi stesso, e questo pagamento parziale non ha prevenuto il danno che voi volevate prevenire stipulando la penale. Ma se tal pagamento abbia in fatto distolto Paolo dal proponimento di proce-

dere contro di voi come avrebbe praticato senza di ciò, se abbia prevenuto realmente il danno che voi volevate evitare, è chiaro che vi è stato utile in parte, poichè vi ha liberato in parte; in conseguenza il giudice può ed anche deve moderare la penale, e proporzionarla alla parte del debito che non è stata soddisfatta alla sua scadenza.

359. L'art. 1244 c. c. = *1197 ll. cc.* dice che il debitore non può forzare il creditore a ricevere in parte il pagamento di un debito, ancorchè divisibile; ma soggiunge che « *purnondimeno* i giudici, « avendo riguardo alla situazione del debitore, ed « usando di questa facoltà con molta riserba, pos« sono accordare dilazioni moderate pel pagamento, « e sospendere l'esecuzione giudiziale, rimanendo « ogni cosa nel suo stato ». Da ciò sorge la quistione se quando il debitore abbia ottenuto un termine di grazia, sia dovuta la penale sol qualora egli non adempisse alla sua obbligazione allo spirare di tal termine, anche nel caso in cui questa non fosse stata stipulata che per la semplice mora?

Per l'affermativa puossi dire che la penale non è stipulata se non per prevenire o reprimere la mala fede del debitore, e che se egli ottiene un termine di grazia, è perchè il giudice, il quale non deve accordarlo che con gran riserva ed avendo riguardo soltanto alla sua situazione, non ravvisò in lui alcuna mala fede, alcuna ingiusta resistenza. Puossi dire ancora che, non ostante la regola che le convenzioni hanno forza di legge per coloro che

le hanno fatte (art. 1134 c. c. = *1088 ll. cc.*), se la legge generale permette al giudice di accordare moderate dilazioni al debitore, se lo sottrae momentaneamente a tutti i procedimenti e coazioni a cui si era liberamente assoggettato, e che sono la pena dell' inadempimento della sua obbligazione, per la medesima ragione fu spirito della legge lo esimerlo momentaneamente all' effetto della pena stipulata; imperocchè i procedimenti per espropriazione forzata, ed altri si reputano convenuti tra le parti, anche quello dell' arresto personale, nei casi in cui venga dalla legge autorizzato. Puossi dire inoltre che avendo il debitore ottenuto una dilazione, è come se il termine convenuto non fosse scorso (salvo per ciocchè riguarda la compensazione, art. 1292 c. c. = *1246 ll. cc.*), e perciò non si è ancora incorso nella penale colla sola scadenza di tal termine. Infine poichè il surriferito art. 1244 dice che *ogni cosa rimarrà nel suo stato*, ciò dev' essere eziandio rispetto alla penale, altrimenti vi sarebbe un notabile cangiamento nella situazione del debitore, e non sarebbe vero il dire che ogni cosa rimane nel suo stato.

Ma per sostenere che siasi incorso nella penale, puossi dire che le convenzioni hanno forza di legge per coloro i quali le han fatte, e che se il Codice permette al giudice di accordare moderate dilazioni al debitore avendo riguardo alla sua situazione, tale facoltà non giunge sino a togliere al creditore un dritto acquistato in virtù della stipulazione da lui

fatta, avendo precisamente in mira il caso in cui l'obbligazione non fosse eseguita giusta il suo tenore; che veramente il giudice può accordare, anche pel pagamento della penale, un termine di grazia, come può farlo pel pagamento della stessa obbligazione principale, ma non deve ciò intendersi sino al punto di distruggere l'effetto della stipulazione, o almeno di alterarlo in modo abbastanza notabile, poichè l'esercizio di siffatta facoltà farebbe di un dritto certo ed acquisito un dritto meramente eventuale, dipendente dal caso in cui il debitore non pagasse alla scadenza del termine di grazia. Ciò sarebbe contrariare le parole e lo spirito dell'art. 1230 c. c. = *1183 ll. cc.*, secondo il quale s'incorre nella penale allorchè il debitore sia stato costituito in mora di adempiere la sua obbligazione: or nella specie egli è stato costituito in mora. E riguardo all'obbiezione desunta dal motivo che l'art. 1244 c. c. = *1197 ll. cc.* richiede che le cose rimangano nel medesimo stato durante la dilazione, per desumerne che l'effetto della clausola penale debb'essere puranche sospeso, si risponde facilmente dicendo che precisamente perchè le cose rimangano nel medesimo stato, la penale in cui allora si era incorso non può più dipendere da un avvenimento posteriore. Il giudice può sospendere il procedimento, ma non togliere al creditore un dritto acquistato, senza ledere la legge particolare che il debitore si fece, e senza violar la legge generale.

360. La regola che generalmente non s'incorre

nella penale che in proporzione della parte per cui l'obbligazione principale non è eseguita, ha similmente luogo allorchè io mi son reso garante per un terzo, e questo terzo ha eseguito in parte l'obbligazione. Per esempio, mi son renduto garante per Paolo che non vi evincerebbe di un fondo a lui appartenente e che io vi ho consegnato, ed abbia io promesso una penale in caso che vi evincesse: se, morto Paolo, un suo erede soltanto vi evinca per la sua parte, *puta* per la metà del fondo, la penale non sarà dovuta che per la metà, ammenochè non apparisca una contraria intenzione delle parti. Molineo, *tract. de divid. et individ.*, § 3, n.° 531, e Pothier, *delle Obbligazioni*, n.° 351.

Tuttavia in tal caso il giudice potrebbe non ridurre la penale alla giusta metà, a causa del danno che questa parziale evizione potrebbe far soffrire al creditore sotto altri rapporti ancora che quello della privazione di metà del fondo, potendo quella che gli resta non aver più per lui il medesimo valore che avea quando il fondo era per intero a sua disposizione. Avendo appunto in mira tal caso ed altri simili, l'art. 1231 c. c. = *1184 ll. cc.* si limita a dire che la pena può essere modificata dal giudice quando l'obbligazione è stata in parte adempiuta, senza soggiungere che dovrà essere ridotta alla giusta proporzione della parte dell'obbligazione che non è stata adempiuta.

361. Ma abbenchè il debitore non abbia tardato che poco ad eseguire la sua obbligazione dopo la

scadenza del termine e la sua costituzione in mora, nondimeno se la penale fu stipulata pel semplice ritardo, è dovuta per intero ed il giudice non può ridurla pel solo riflesso che il ritardo sia stato poco considerevole. Tale sarebbe il caso in cui mi obbligarsi di vendervi il mio giardino mediante 10,000 franchi entro tre mesi a contare da questo giorno, scorsi i quali e ciò io non facendo dietro vostra dimanda, sarei in mora, e tenuto a pagare 1,000 fr. a titolo di penale, senza pregiudizio dell'obbligazione principale. Se dopo essere stato costituito in mora a fare il contratto spirato il termine stabilito, ed essendomi ricusato, offrissi qualche giorno dopo di farlo, non eviterei per ciò la intera penale; giacchè sarebbe stata precisamente stipulata per un caso il quale si fosse compiutamente verificato.

362. Le obbligazioni che consistono in fare una determinata opera, come una casa, un teatro, una sala di bagni, sono indivisibili, come noi innanzi il dicemmo, non considerando l'opera che come un tutto compiuto, *opus consumatum et perfectum*, e non il fatto passeggiero della costruzione, l'aggiunzione di una materia ad una materia già adoperata; ma nondimeno la regola che il giudice può moderare la penale quando l'obbligazione è stata in parte adempiuta, si applica puranche a questa specie di obbligazioni qualora sieno state in parte eseguite, per la formazione di una parte soltanto dell'opera; ed allorchè ciò ch'è stato costrutto può essere utile al creditore. La penale tuttavolta non de-

v'essere necessariamente ridotta alla giusta proporzione della parte che rimanesse a fare, attesochè il creditore può soffrire un pregiudizio dall'inadempimento dell' obbligazione per intero, in ragione di ciocchè la formazione di questa parte potrebbe costargli più di quel che doveva costargli secondo il contratto, ed in ragion puranche di altre circostanze. Sarebbe esso uno di quei casi lasciati alla saggezza del giudice dal nostro art. 1231 c. c. = *1184 ll. cc.*

Convien tuttavia osservare che se il contratto fosse stato fatto con un artefice, architetto, o appaltatore, contraenti in tale qualità, e l'opera fosse rimasta incompiuta per motivo della sua morte, la penale stipulata non sarebbe dovuta per parte alcuna, perchè in tal caso, essendo disciolto il contratto, ai termini dell' art. 1795 c. c. = *1641 ll. cc.*, non può essere dovuta alcuna penale; salvo il caso in cui l'imprenditore dell'opera fosse stato in mora di eseguire l'obbligazione per colpa sua.

563. La regola che il creditore non deve avere tutta la penale quando ritrae o può ritrarre un vantaggio dall'esecuzione parziale dell'obbligazione, si applica eziandio alle obbligazioni di assoluta indivisibilità, come una promessa di servitù; e Pothier, secondo Molineo (1) adduce il seguente esempio.

Voi vi siete obbligato di farmi costituire un dritto

(1) *Tract. de divid. et individ.* § 3, n.° 472 e 473. Pothier, *delle Obblig.*, n.° 353.

di passaggio sopra un fondo di cui godete a titolo di usufrutto, e che è vicino al mio, rendendovi garante pe' proprietarj, sotto pena di 600 franchi di danni ed interessi. Tre comproprietarj ratificano, ma il quarto vi si nega: la penale in vero mi è dovuta per intero, perchè il rifiuto di un solo proprietario impedisce che la servitù sia costituita, non potendo una servitù acquistarsi in parte, e non potendo per conseguenza essere imposta se non da tutti i comproprietarj del fondo sul quale si vuole stabilire. Nondimeno siccome tale ratificazione toglie il dritto a coloro che l'han data di opporsi che io eserciti la servitù, ed essa può essermi utile nel caso in cui io acquistassi la porzione di colui che non volle aderirvi, ovvero ottenessi il suo consenso, non posso dimandare la penale che in parte soltanto; oppure se la domando per l'intero, perchè in fatti l'obbligazione non si trova ancora essere utilmente eseguita per me in parte alcuna, io dovrei rinunciare al beneficio della ratifica; imperocchè non debbo aver facoltà di ricevere tutta la penale e ritrarre qualche cosa dall'obbligazione principale, sebbene ciocchè io ora ne ritraessi non avesse che una utilità eventuale.

364. La nostra regola si applica ancora al caso in cui ciocchè formasse l'oggetto della penale fosse qualche cosa perfettamente indivisibile. Per esempio, io mi sono obbligato di pagarvi la somma di 1,000 franchi alla tale epoca, sotto pena di soffrire che voi passerete sul mio fondo per andare al vo-

stro. La penale non è qui stipulata pel semplice ritardo, ma ciò per nulla influisce alla quistione. Se io vi pago in acconto 500 fr. soltanto, che vi siete contentato di ricevere, non potete in prosieguo esigere la penale per lo intero, in mancanza del pagamento del rimanente della somma alla scadenza. Se voi preferite l'esecuzione della clausola penale, dopo la mia costituzione in mora, siccome la penale consiste in qualche cosa che non è capace di parti, converrà che usando del dritto di passaggio, mi offriate di pagarmi la metà del suo valore, non essendovi dovuta la penale che per metà, e ciò tanto che sia stata stipulata pel caso di assoluto inadempimento dell' obbligazione, quanto che lo sia stato pel semplice ritardo; Pothier, n.° 354.

365. Dicemmo più innanzi che quando il creditore ricevendo un pagamento parziale dal suo debitore, abbia fatto riserva nella quietanza che la penale sarebbe ancora dovuta per lo intero se il resto dell' obbligazione non fosse adempiuta alla scadenza, questa nuova convenzione doveva ricevere la sua esecuzione come nei casi ordinarj. In fatti essa produce una specie di novazione rispetto alla penale, che senza della riserva non sarebbe stata dovuta se non in parte, mediante l'esecuzione di parte dell' obbligazione principale. Ma siffatta risoluzione è soggetta a modificazione in taluni casi. Per esempio, se si trattasse di un' obbligazione di somma o di cose fungibili, se la penale non fosse proporzionata agl'interessi creditarj per ciocchè restasse ancora a pagar-

si, e non vi fosse nella convenzione alcuna di quelle circostanze che motivassero le riserve e facessero disparire l'usura; allora la penale potrebbe essere ridotta, come debb'esserlo nel medesimo caso, allorchè sia stato convenuta fin da principio ad un prezzo esagerato, e non sia stata stipulata che per celare un interesse illecito, come il dicemmo nel tomo precedente, n.° 487 e seguente.

Ed anche nei casi ordinarj se il pagamento parziale con le riserve di cui si tratta fosse fatto da un incapace, queste riserve non impedirebbero al giudice di moderare la penale, secondo le circostanze della causa; giacchè non potendo l'incapace in quanto alla penale parimente che in quanto all'obbligazione principale, fare una novazione che possa pregiudicargli (art. 1272 c. c. = *1226 ll. cc.*), non ha potuto per conseguenza rinunziare al beneficio del dritto comune, stabilito dall'art. 1231 c. c. = *1184 ll. cc.* Il creditore nondimeno avrebbe il dritto di rimettere le cose nel medesimo stato come erano prima del pagamento parziale, e tutto si farebbe di poi come se tal pagamento non avesse avuto luogo; giacchè l'atto o la quietanza da lui fatta o data con riserva di tutt'i suoi dritti non dovrebbe scindersi suo malgrado.

§ II.

Degli effetti della clausola penale, per riguardo agli eredi del debitore.

SOMMARIO.

366. *Come s' incorra nella penale dagli eredi del debitore, per la loro contravvenzione, nel caso in cui l' obbligazione sia indivisibile, ed in quale proporzione.*

367. *In quale proporzione si debba da essi in queste medesime obbligazioni, allorchè siavisi incorso dal loro autore.*

368. *Casi nei quali la penale consiste in qualche cosa d'indivisibile.*

369. *La natura dell' obbligazione indivisibile non dà necessariamente tale qualità alla penale nei suoi effetti tra gli eredi delle parti.*

370. *Applicazione dell' art. 1232 c. c., con un esempio dato da Pothier, e leggi romane.*

371. *Differenza tra gli eredi del debitore di un debito indivisibile con clausola penale, ed i debitori solidali obbligati puranche sotto una penale.*

372. *Differenza ancora circa all' obbligazione degli eredi del debitore di un debito indivisibile sotto una penale, dal caso in cui non vi fosse alcuna penale.*

373. *A qual titolo quell' erede che ha fatto incorrere nella penale ne sia tenuto per lo intero nel caso di un' obbligazione indivisibile.*

374. *Allorchè un erede, contravvenendo all' obbligazione del defunto, non ha fatto che valersi del suo dritto particolare, ei non deve che la sua parte della penale, abbenchè avesse impedito che la convenzione si eseguisse per intero; e gli altri debbono puranche la loro.*

375. *Le risoluzioni date sul caso di un debito indivisibile con clausola penale, riguardo agli eredi del debitore, si applicano generalmente puranche al caso di una simile obbligazione contratta da molti senza solidalità.*

376. *Quale sia, riguardo agli eredi del creditore, l' effetto della penale, allorchè l'obbligazione indivisibile non sia stata eseguita rispetto ad uno di essi, ma lo sia stato nondimeno rispetto agli altri non ostante la sua indivisibilità; dritto romano.*

Digitized by Google

377. *Testo dell' art. 1233 c. c.*

378. *La sua prima parte fu presa dalla l. 4*, § Cato, *1*, *ff.* de verb. oblig., *che sembra opposta alla l. 5*, § Si sortem, *nel medesimo titolo, e che forma il tipo della seconda parte di questo articolo. Conciliazione secondo Cuiacio, Molineo e Pothier.*

379. *Interpetrazione del vero senso della seconda disposizione di questo medesimo articolo.*

380. *Sunto dell' esame degli art. 1232 e 1233 c. c.*

366. Allorchè l'obbligazione contratta con clausola penale ha per oggetto una cosa indivisibile, s'incorre nella penale per la contravvenzione di un solo degli eredi del debitore: e può dimandarsi o per l'intero contra il contravventore, o contra ciascun coerede per la rispettiva quota e porzione, ed anche ipotecariamente per lo tutto; salvo il regresso contra colui pel cui fatto si è incorsa la penale; art. 1232 c. c. = *1185 ll. cc.*

Per conseguenza può esserlo per lo intero contra ciascuno degli eredi, se tutti han contravvenuto, salvo il regresso tra essi.

367. Qui si suppone che non siasi incorso nella penale in vita del debitore; che ciò sia avvenuto pel fatto de' suoi eredi, ovvero di uno o più di essi; e si suppone puranche che consista in qualche cosa di divisibile, che è il caso più ordinario. Se in tale ipotesi si fosse incorso nella penale dal debitore medesimo, essa non potrebbe essere dimandata a ciascuno de' suoi eredi se non per la sua porzione ereditaria, ed ipotecariamente pel tutto, salvo il regresso.

368. Ma se ciocchè formasse la materia della pe-

nale fosse qualche cosa d'indivisibile, come una servitù sopra un fondo del debitore, o un corpo determinato, o qualche altra cosa la quale nell'intenzione de' contraenti non doveva pagarsi parzialmente, ed il creditore elegesse per la penale, allora si potrebbe applicare quanto precedentemente si disse sopra questi diversi casi, secondo quello in cui taluno si trovasse; e ciò tanto che si fosse incorso nella penale in vita del debitore, quanto che vi si fosse incorso soltanto pel fatto di un suo erede; senza pregiudizio in quest'ultima ipotesi dell'azione e della *condanna* per lo intero, senza divisione, contra quello o quegli eredi i quali avessero anch'essi contravvenuto.

Vi sarebbe pur luogo a dir così abbenchè l'oggetto dell'obbligazione principale fosse qualche cosa divisibilissima: subitochè vien dimandata agli eredi la penale, ed ha questa qualche cosa d'indivisibile in sè stessa o per ragione del pagamento, è come se fosse tale l'oggetto della medesima obbligazione principale ed il creditore lo dimandasse; giacchè scegliendo per la penale, questa penale è la cosa che va ora dovuta.

369. Non vogliam dire tuttavia con ciò che la penale, per quel che riguarda l'azione contra gli eredi del debitore, sia assolutamente surrogata in vece dell'oggetto dell'obbligazione principale, e che vi sia luogo in conseguenza a dire in tal caso in modo assoluto, *subrogatum naturam rei subrogatæ capit;* giacchè l'art. 1232 c. c. = *1185 ll. cc.* è

la pruova del contrario, supponendo esso che l'oggetto dell'obbligazione principale sia una cosa indivisibile di cui ciascun erede per conseguenza era tenuto per lo intero (art. 1223 c. c. = *1176 ll. cc.*), salvo il dritto particolare accordato dall'art. 1225 c. c. = *1178 ll. cc.*, e nondimeno circa alla penale gli eredi non contravventori non sono a questa tenuti che per la loro parte ereditaria, salvo gli effetti dell'azione ipotecaria. Laonde ciascun erede del creditore non potrebbe dimandare il tutto in una penale divisibile, abbenchè l'obbligazione fosse indivisibile, sebbene rispetto alla cosa principale ciascun di essi avesse l'azione per lo intero, colle limitazioni da noi precedentemente addotte. Ma diciamo che quando l'oggetto della penale medesima sia indivisibile sotto qualche rapporto, possonsi applicare le regole che sarebbero applicabili alla stessa obbligazione principale, se il suo oggetto fosse tale, e se di siffatta obbligazione venisse dimandata l'esecuzione. Il medesimo art. 1232 somministra d'altra banda la pruova della giustezza di tale osservazione, accordando l'azione ipotecaria per lo intero indistintamente contra ciascuno degli eredi detentori degl' immobili ipotecati per sicurezza del pagamento della penale, salvo il regresso.

370. La disposizione del nostro art. 1232 viene da Pothier spiegata nel seguente modo (n.° 355): « Se qualcuno, egli dice, siasi obbligato verso di « me a lasciarmi passare sul suo fondo contiguo « alla casa che io abito, finchè io abiterò in que-

« sta casa, sotto pena di dieci lire di danni ed in-
« teressi in caso d' impedimento; e se qualcuno
« degli eredi del mio debitore m'impedisce il pas-
« saggio, abbenchè senza partecipazione e malgra-
« do de' suoi coeredi, si dovrà la intera penale di
« dieci lire, e da ciascuno degli eredi del mio de-
« bitore, ognun de' quali sarà tenuto per la sua
« parte ereditaria; imperocchè essendo il fatto che
« forma l' oggetto dell' obbligazione primitiva indi-
« visibile e non capace di parti, la contravvenzio-
« ne di uno degli eredi del debitore a quest' ob-
« bligazione è una contravvenzione a tutta l'obbli-
« gazione, la quale in conseguenza deve fare in-
« correre nella intera penale tutti coloro che ne so-
« no tenuti come eredi del debitore, il quale vi
« si è obbligato in caso di contravvenzione ».

È questa la sentenza di Catone nella l. 4, § 1, ff. *de verb. oblig. Cato scribit: Pœna certæ pecuniæ promissa, si quid aliter sit factum, mortuo promissore, si ex pluribus heredibus unus contra quam cautum sit, fecerit, aut ab omnibus heredibus, pœnam committi pro portione hereditaria, aut ab uno pro portione sua: ab omnibus, si id factum de quo cautum est individuum sit, veluti iter fieri; quia quod in partes dividi non potest, ab omnibus quodammodo factum videtur.* Ed appresso: *Omnes commisisse videntur, quod nisi in solidum peccari poterit, in illam stipulationem per te non fieri quominus mihi ire agere liceat.*

Il giureconsulto Paolo risolve la medesima cosa nella l. 85, § 3, ff. del medesimo titolo: *Quoniam licet ab uno prohibeor, non tamen in partem prohibeor;* ma, egli soggiunge: *cæteri familiæ erciscundæ judicio sarcient damnum.*

571. Gli eredi non contravventori, e che non sono in conseguenza tenuti alla penale se non per la loro parte ereditaria (quando, come lo abbiam detto, la penale medesima sia divisibile), abbenchè l'oggetto dell'obbligazione sia indivisibile, differiscono in ciò dai debitori solidali, i quali sono puranche solidalmente debitori della penale per lo intero allorchè siasi incorsa da un di loro, come essi lo sono della sorte principale. Mentrechè quando non avvi clausola penale, e la cosa dovuta sia perita per colpa di uno di questi debitori o dopo di essere stato egli costituito in mora, gli altri in verità non sono liberati dall'obbligazione di pagare il prezzo della cosa, ma non debbono i danni ed interessi che mai fossero dovuti oltre al prezzo. Il creditore può soltanto dimandare questi danni ed interessi sì contra i debitori per la cui colpa è perita la cosa, che contra coloro i quali erano in mora (art. 1205 c. c. = *1158 ll. cc.*), come più innanzi il dicemmo trattando della solidalità. La ragione di tale differenza dipende dacchè quando avvi una penale, questa penale viene stipulata avendo in mira il caso d'inadempimento dell'obbligazione principale, come una condizione, il cui adempimento fa produrre a que-

sta obbligazione tutti gli effetti che può produrre, e contra ciascuno di quelli che l' hanno contratta.

372. Per tale ragione appunto nell' obbligazione indivisibile gli credi del debitore i quali non contravvenero all' obbligazione sono nondimeno tenuti alla penale per la loro parte ereditaria, salvo il loro regresso contro quelli che vi contravvennero; mentrechè se non vi fosse clausola penale, quegli credi che non avessero contravvenuto all' obbligazione, quelli i quali nella specie di una servitù promessa dal defunto sopra un suo fondo, dichiarassero non opporsi che colui il quale ha stipulata questa servitù la eserciti, non dovrebbero alcuna porzione della penale, che sarebbe dovuta soltanto dai contravventori. Nelle obbligazioni penali indivisibili, dice Molineo, la contravvenzione di un solo erede ricade sopra gli altri per la loro parte ereditaria, *non immediate, sed ejus occasione, et tanquam ex conditionis eventu, ex obligatione defuncti, quæ in eos sub ea conditione descendit.* Or il fatto della contravvenzione è l'adempimento della condizione sotto la quale fu stipulata la penale; e per ciò che concerne l'obbligazione, ed in conseguenza la penale per la parte de'coeredi del contravventore, è indifferente che la contravvenzione sia stata commessa da lui o dal defunto, essendo la condizione pel fatto d'inadempimento in modo assoluto, salvo i casi di forza irresistibile. Siccome la penale avrebbe potuto stipularsi sotto una condizione puramente casuale, nel caso in cui il tale avvenimento assai incerto non accadesse, non è da me-

ravigliare che la contravvenzione di un solo degli eredi abbia effetti che ricadono sugli altri per la loro porzione ereditaria, senza che ciò sia contrario alla regola che un erede non garantisce il fatto del suo coerede, il quale in generale è effettivamente un estraneo per rispetto a lui.

Ma del pari, siccome ogni fatto qualunque dell' uomo, che arreca danno ad altrui, obbliga colui per colpa del quale è avvenuto, a risarcirlo (art. 1382 c. c. = *1336 ll. cc.*), l'erede non contravventore il quale è stato costretto di pagare la sua parte della penale, senza ricevere alcun vantaggio dalla contravvenzione, ha un'azione di regresso contra il suo coerede, come prescrive il nostro art. 1232 c. c. = *1185 ll. cc.*, e la legge 85, § 3, ff. *de verb. oblig.*, innanzi citata.

373. Pothier (n.° 356) per dare una compiuta soluzione sul caso di cui si tratta, dimanda se il creditore possa chiedere la penale per intero da quello o da quegli eredi che han commesso la contravvenzione, la quale questione è decisa per l'affermativa dal nostro art. 1232. La ragione di dubitare da lui addotta, è, egli dice, che la legge romana, 4, § 1, ff. *de verb. oblig.*, da cui desunse l' esempio proposto e la sua soluzione, non ne parla, e che l'erede contravventore di un'obbligazione anche indivisibile, non rappresenta sempre il suo autore se non per la sua porzione ereditaria in una penale divisibile, allorchè venga questa dimandata. Egli dichiara del resto che il creditore, senza

il menomo dubbio, ha l'azione per lo intero contra questo erede, per via indiretta, come avente per le parti de'coeredi l'azione di regresso che competerebbe a costoro avverso il contravventore se fossero obbligati di pagare la loro parte della penale; e dice che per evitare questo inutile circolo di azioni, il creditore ha *de plano* l'azione per lo intero avverso il contravventore.

Molineo (1) rigettava puranche siffatti andirivieni: egli accordava direttamente, e per regola, l'azione per lo intero avverso il contravventore, ed avverso ciascun d'essi se fossero molti, come del resto il faceva Pothier medesimo, abbenchè esitasse sul motivo per istretto dritto. Essendo supposta indivisibile la primitiva obbligazione, diceva Molineo l'erede, contravventore ne è debitore per lo intero, giusta la massima sulle obbligazioni indivisibili, ed è debitore per lo intero della penale convenuta, se non *tamquam heres*, almeno *partim tamquam heres*, *et partim ex proprio facto:* giacchè, dice in un altro luogo del suo trattato (2), *aliud est teneri heredem ut heredem*, *aliud teneri ut ipsum.* L'obbligazione *præstandi bonam fidem et diligentiam*, *individuam est.* Ed ecco perchè vien sancito nella l. 9, ff. *depositi vel contra*, che sebbene ciascun erede del depositario non sia tenuto che per la sua parte nell'obbligazione a restituire il deposito, il

(1) *Tract. de divid. et individ.*, *part. 3*, n. 173 e 174, *et passim alibi.*

(2) *Parte* 3, n. 5 e 112.

quale, giusta questa legge, è considerato come divisibile, nondimeno colui che ha fatto perire la cosa depositata deve i danni ed interessi per lo intero: *et merito, quia æstimatio refertur ad dolum, quem in solidum ipse heres admisit.* Per tal motivo puranche Ulpiano nella l. 3, § 3, ff. *commodati vel contra* dice che quell' erede del comodatario il quale può eseguire l' obbligazione di restituire la cosa comodata e non lo fa, è soggetto all' azione ed alla condanna per lo intero: *quasi hoc boni judicis arbitrio conveniat.*

Laonde, come il dicemmo, se molti coeredi, o tutti, abbiano contravvenuto all'adempimento dell' obbligazione indivisibile con clausola penale, tutti coloro che vi hanno contravvenuto debbono la penale *in solidum*, salvo il regresso tra loro; imperocchè, dice ancora Molineo, *quisque eorum tenetur in solidum, quia nec qui peccavit ex eo relevari debet, quod peccati consortem habuit: multitudo peccantium non exonerat, sed potius aggravat. Molin. part.* 3, n.° 148.

374. Del resto nel caso in cui il contravventore non facesse che usare del suo dritto particolare ed indipendente dalla sua qualità di erede, ricusandosi all' adempimento dell' obbligazione, anche indivisibile, non dovrebbe la penale per lo intero; egli non la dovrebbe che per la sua porzione ereditaria, perchè non sarebbe vero il dire che abbia agito in mala fede come erede; e viemaggiormente se fosse nel caso di un' obbligazione divisibile *quoad obligatio-*

nem, abbenchè fosse indivisibile *quoad solutionem*. Per tale ragione appunto, secondo la legge 86, § 3, *de legatis 1.°*, che noi avemmo già occasione di citare più innanzi (n.° 285), quando un testatore abbia legato una cosa che appartiene ad uno de' suoi eredi, gravando tutti del legato, questo erede non è obbligato di consegnare la cosa oltre la sua parte; e gli altri eredi sono tenuti del legato, ciascuno per la sua porzione ereditaria.

Così, e più in ispecie ancora, se io vi affitto per nove anni un fondo appartenente a qualcuno che diviene in prosieguo mio erede in parte, ed io prometto una penale in caso d'inesecuzione dell' affitto, *puta* 600 franchi, se lascio quattro eredi per ugual porzione, e quegli che è proprietario del fondo faccia pronunziare lo scioglimento dell'affitto, vi sarà luogo alla penale, salvo di moderarla in ragione del tempo durante il quale avete goduto della casa, ma questa penale non sarà pure da lui dovuta che per la sua porzione ereditaria soltanto; e se la pagasse per intero, avrebbe dritto di esserne fatto indenne dai suoi coeredi. Imperocchè competendogli nella sua qualità di proprietario del fondo, il dritto di godere, non avrebbe mancato alla buona fede espellendovi: *dolo non fecit qui jure suo utitur*. Egli non è tenuto della inesecuzione dell' affitto, e della penale, che nella sua qualità di erede, ed in conseguenza soltanto per la sua porzione ereditaria. Molineo, part. 3, n.° 430, e Pothier, numero 363.

Al contrario se il fondo fosse appartenuto al defunto, ed essendo spettato all'erede colla divisione dell' eredità, il medesimo si opponesse al godimento del fittaiuolo, per esempio vendendo il fondo, quando nel dritto attuale non essendo autentica la scrittura di affitto o non avendo acquistata data certa, l' acquirente espellesse il fittaiuolo (art. 1743 c. c. = *1589 ll. cc.*), allora l' erede dovrebbe la intera penale, salvo il regresso, se vi fosse luogo, contra i suoi coeredi, ciocchè dipenderebbe dalle loro convenzioni di divisione; ed i coeredi dovrebbero la penale ciascuno per la sua porzione, salvo eziandio il loro regresso, se competesse (1).

375. Quanto abbiamo detto riguardo agli eredi del debitore di un'obbligazione indivisibile con clausola penale, si applica ugualmente al caso in cui una simile obbligazione sia stata contratta da molti, o che la penale medesima fosse divisibile oppur no (art. 1222, 1223 e 1232 c. c. = *1175, 1176 e 1185 ll. cc.* insiem combinati); e senza pregiudizio tuttavia del caso in cui l' obbligazione fosse solidale tra i debitori, i quali allora sarebbero puranche obbligati solidalmente circa alla penale, come di sopra si è detto.

376. Se nel dritto romano l'obbligazione indivisibile con clausola penale non fosse stata eseguita verso uno degli eredi del debitore, per regola, la penale era dovuta a vantaggio di tutti; imperciocchè

(1) *V.* Pothier, n.° 361 e seguente.

essendosi contravvenuto rispetto ad uno d'essi, erasi per la ragione medesima contravvenuto a tutta l'obbligazione, non essendo questa capace di parti. Ma ciò tuttavolta non era vero che secondo la sottigliezza del dritto; per equità, e nei risultamenti, coloro rispetto ai quali l'obbligazione era stata eseguita venivano esclusi con l'eccezione di dolo se dimandavano la penale, anche semplicemente per la loro parte ereditaria. Tal'è la risoluzione del giureconsulto Paolo nella l. 2, § fin., ff. *de verb. oblig.*, in cui trattasi di un individuo il quale aveva stipulato per sè e suoi eredi la facoltà di passare sopra ad un certo terreno, e che aveva apposta una penale alla stipulazione; il debitore aveva contravvenuto alla convenzione riguardo ad un erede e l'aveva eseguita rispetto agli altri. Il giureconsulto dimanda se costoro abbiano un'azione per la penale, e risolve la quistione per l'affermativa, ma soggiungendo che saranno le loro dimande rigettate coll'eccezione di dolo, lo che appo noi varrebbe lo stesso di dire che essi non hanno azione. *Si stipulator decesserit qui stipulatus erit sibi heredique suo agere licere, et unus ex heredibus ejus prohibeatur; si pœna sit adjecta, in solidum committetur; sed qui non sunt prohibiti, doli exceptione summovebuntur: si vero pœna nulla posita sit, tunc pro parte ejus tantum qui prohibitus est, committetur stipulatio.*

La legge 3, § 1.°, del medesimo titolo sembra, è vero, contraria, in quanto che accorda l'azione per ottenere la penale anche a colui che non fu im-

pedito di esercitare il passaggio, senza riservare al debitore l'eccezione di dolo contro di lui. Ma, come l'osserva Pothier (n.° 364), Ulpiano in questa legge non parla se non secondo la sottigliezza del dritto; altrimenti vi sarebbe formale opposizione su questo punto tra Paolo ed Ulpiano, lo che del resto non sarebbe impossibile.

Nondimeno Pothier ha snaturata la opinione del primo di questi giureconsulti, quando dice che « secondo l'equità, la quale deve in tal caso prevalere alla sottigliezza, non deve incorrersi nella « penale che verso quello erede a cui si nega il passaggio; *e che non deve incorrersi se non per la « sua porzione ereditaria soltanto* ». Imperciocchè precisamente Paolo dice che questo erede vi ha dritto per lo intero, abbenchè, se non vi fosse stata stipulata alcuna penale, non avrebbe avuto dritto alla stipulazione, e per conseguenza ai danni ed interessi in ragione della inesecuzione, se non per la sua porzione soltanto: *Si vero pœna nulla posita sit, tunc pro parte ejus tantum qui prohibitus est committetur stipulatio.* Se vi sia dunque una penale, quello a cui si è impedito il passaggio non ha l'azione soltanto *pro parte*, ma, *in solidum*, e ciò sarebbe incontrastabilmente vero anche appresso noi, se un individuo avesse stipulato per sè ed i suoi eredi un dritto di passaggio pel servizio del suo fondo, e l'impedimento venisse fatto da quello a cui fosse spettato il fondo mediante la divisione dell'eredità. Ma crediamo che nel caso in cui il fondo fos-

se ancora in comune tra gli eredi, se l'impedimento non fosse fatto che ad uno di essi, questi non avrebbe dritto alla penale che per la sua porzione, e sarebbe d'uopo ancora che rinunziasse alla servitù per ciocchè lo riguarda, poichè non può avere la cosa principale e la penale. Ma nella specie della legge romana, veruna cosa indica che la stipulazione avesse per oggetto una servitù o un passaggio pel servizio di un fondo: era dessa una stipulazione per la comodità della persona e de' suoi eredi; e siccome la penale era stata stipulata pel vantaggio di ciascuno di essi, ed il caso preveduto si era verificato, la penale era realmente dovuta per lo intero a quello erede riguardo al quale aveva avuto luogo l'impedimento, senza che il debitore potesse opporre all' attore l' eccezione *doli mali* per farla ridurre alla proporzione della sua parte ereditaria.

Ciò pel caso in cui l'obbligazione contratta con una clausola penale sia indivisibile: vediamo ora quella in cui sia divisibile.

377. L' art. 1233 c. c. = *1186 ll. cc.* il quale dispone su questo caso, dice: « Quando l'obbliga-
« zione primitiva (o principale) contratta sotto una
« penale è divisibile, non s' incorre nella penale
« se non da quello (o quelli) degli eredi del de-
« bitore, che contravviene, e per la parte sola cui
« era tenuto nell' obbligazione principale; nè vi è
« azione contra coloro che l' hanno eseguita.

« Questa regola ammette eccezione, allorchè es-
« sendo stata apposta lo clausola penale ad oggetto

« che non si possa dividere il pagamento, un coe-
« rede abbia impedito che l' obbligazione venisse
« nel tutto adempita: in tal caso può esigersi da
« esso la penale intera, e dagli altri eredi la lor
« sola porzione, salvo a questi il regresso ».

Abbenchè questa disposizione non dica, come quella dell'art. 1232 c. c. = *1185 ll. cc.*, che il creditore può procedere ipotecariamente per la intera penale contro quell' erede che fosse detentore d' immobili ipotecati per sicurezza della penale, tuttavolta ciò non è dubbioso. L'ipoteca è inerente alla cosa in qualunque mano questa si trovi; art. 2114 c. c. = *2000 ll. cc.* La ragione è assolutamente la stessa che quando l'obbligazione principale sia indivisibile, poichè nei due casi si tratta della penale con ipoteca, e probabilmente per tale ragione non si ripetè nell' art. 1233 c. c. = *1186 ll. cc.* ciocchè erasi già detto nell' articolo precedente riguardo all' ipoteca. Laonde l' azione ipotecaria avrebbe luogo per ciocchè fosse dovuto della penale, anche contra quegli eredi i quali avessero soddisfatto le loro porzioni dell'obbligazione nel primo caso del nostro art. 1233, abbenchè ivi si dica: *nè vi è azione contra coloro che l' hanno eseguita*; giacchè non s'intende parlare che dell' azione ipotecaria, la quale ha luogo contra qualunque detentore de' beni o di una parte de' beni ipotecati al debito, e per tuttociò ch' è dovuto. Il tutto salvo il regresso.

378. La disposizione principale di questo articolo è attinta dalla l. 4, § 1, *de verb. oblig.*, così con-

ceputa: *Si de eo cautum sit, quod divisionem recipiat, veluti amplius non agi: eum heredem qui adversus ea fecit, pro portione sua solum pœnam committere.* Per esempio, Paolo ed io, avendo controversia per motivo di una pretensione da lui avanzata perchè io gli consegnassi 108 litri di grano, dimandati, poco importa, per tale o tal altro motivo, siam devenuti ad un compromesso, mediante il quale abbiamo eletto arbitri per giudicare tale contesa, stabilendo una penale di 400 franchi, da pagarsi da chi non istesse alla sentenza degli arbitri, per qualsifosse causa. Gli arbitri han deciso che la pretensione di Paolo era interamente mal fondata; ma quest' ultimo essendo morto, lasciando quattro eredi, ciascuno per un quarto, uno di essi, contra al tenore della convenzione fatta col compromesso, credette di dover rinnovare la pretensione e dimandarmi giudiziariamente la sua parte nei cento ettolitri di grano, che gli arbitri giudicarono non essere da me dovuti. Egli è evidentemente incorso nella penale, ma non vi è incorso che per la sua porzione soltanto, perchè l'obbligazione principale era divisibile. E gli altri che non hanno contravvenuto alla sentenza degli arbitri, non sono in alcun modo tenuti alla penale, altrimenti io riceverei al tempo stesso l'intera penale ed una parte dell' obbligazione principale, contra la regola sancita dall'art. 1229 c. c. = *1182 ll. cc.*, ed anche contra quella dell' art. 1231 c. c. = *1184 ll. cc.*, giusta il quale la penale può (ed anche *deve* nella maggior par-

te de' casi) essere moderata allorchè l' obbligazione sia stata in parte eseguita. Pothier, n.° 359).

Ma a questa legge 4, § 1, ff. *de verb. oblig.* sembra potentemente opposto il § 4, *si sortem*, della legge 5 del medesimo titolo. Quest' ultimo testo dice pure che nel caso di un' obbligazione divisibile, quella di una somma, con clausola penale, sebbene uno degli eredi del debitore abbia adempiuto all' obbligazione per la sua parte ereditaria, tuttavia non lascia d'incorrere nella penale se il suo coerede non vi abbia ugualmente adempiuto per la sua, salvo a lui il regresso contra il coerede il quale ha fatto incorrere nella penale: *Si sortem promiseris, et si ea soluta non esset, pœnam; etiamsi unus ex heredibus tuis portionem suam ex sorte solverit, nihilominus pœnam committet, donec portio coheredis solvatur.... sed a coherede ei satisfieri debet; nec enim aliud in his stipulationibus sine injuria stipulatoris constitui potest.*

Gl' interpetri, tanto antichi che moderni, come osserva Pothier, si sono impegnati di conciliare questi due testi. Molineo riferisce a tal uopo diverse conciliazioni degli antichi interpetri, di cui non approva alcuna; e secondo Pothier, la cui opinione fu adottata dai compilatori del Codice, conviene attenersi alla conciliazione di Cuiacio ed a quella di Molineo (1), da lui riunite in una sola nel seguente modo:

---

(1) *Tract. de divid. et individ.*, part. 1, n.° 62 e segu.

« Allorchè, egli dice, l'obbligazione sia divisibile « *tam solutione*, *quam obligatione*, e l'intenzio- « ne delle parti, aggiungendovi la clausola pena- « le, fu semplicemente di assicurare l'esecuzione « dell'obbligazione, e non d'impedire che potesse « farsene il pagamento per parti dai diversi eredi « del debitori: soprattutto allorchè il fatto che for- « ma l'oggetto dell'obbligazione primitiva sia tale « che i varj eredi non possano altrimenti adem- « pierla che ciascuno per la parte di cui è erede; « in tal caso debbe aver luogo la sentenza di Ca- « tone (sulla prima delle sopraccitate leggi): quel- « l'erede del debitore il quale contravviene all'ob- « bligazione deve egli solo incorrere nella penale, « e per la parte soltanto di cui è erede. Il fatto « riferito nella specie del § *Cato amplius non agi*, « è di quei fatti divisibili *tam solutione*, *quam obli-* « *gatione*, e che per la natura delle cose non pos- « sono adempiersi dai diversi eredi di colui che con- « trasse l'obbligazione, se non per la parte di cui « ciascuno è erede, giacchè non succedendo ciascun « erede che per la sua parte al dritto ed alla pre- « tensione che il defunto si obbligò di non eserci- « tare, ciascuno di essi non può che per la sua par- « te contravvenire a tale obbligo o eseguirlo, rin- « novando o non rinnovando siffatta pretensione per « la parte che egli ha ».

« Al contrario, continua Pothier, allorchè l'ob- « bligazione sia divisibile, in realtà, *quoad obligatio-* « *nem*, ma indivisibile *quoad solutionem*, e l'in-

« tenzione delle parti, aggiungendo la clausola pe-
« nale, fu che il pagamento non potesse farsi se
« non per lo intero, e non parzialmente: allora
« ciascun erede, adempiendo per la sua quota al-
« l' obbligazione primitiva, non eviterà d'incorrere
« nella penale; ed a tal caso devesi restringere il
« § *si sortem*, il quale si concilia benissimo col
« § *Cato* ».

E qui Pothier, secondo Molineo, dà per esempio
« della disposizione del § *si sortem*: « La specie
« di un negoziante il quale ha stipulato col suo de-
« bitore una determinata somma in forma di pena-
« le, nel caso che la somma principale a lui do-
« vuta non gli fosse consegnata in un certo luogo,
« nel tempo di una certa fiera. Le offerte che uno
« degli eredi facesse di consegnargli la sua parte della
« detta somma, non impedirebbero che la penale
« fosse dovuta per intero, per non aver offerta tutta
« la sorte principale; perchè non potendo questo
« negoziante combinar gli affari ch'egli ha nella fiera
« se non colla intera somma a lui dovuta, l' in-
« tenzione delle parti stipulando la penale fu che essa
« fosse dovuta per intero, in mancanza di paga-
« mento di tutta la somma dovuta, e non ostante
« il pagamento parziale che ne venisse fatto; impe-
« rocchè questo pagamento parziale non può ripa-
« rare, anche in parte, il danno sofferto dal cre-
« ditore dal ritardo di pagare il rimanente; e la pena-
« le fu stipulata appunto per la riparazione di tale
« danno. E conviene osservare che in siffatta spe-

« cie, ch' è quella del § *si sortem*, la penale vie-
« ne stipulata pel ritardo dell' esecuzione, e non
« per la inesecuzione; il creditore perciò deve ri-
« cevere la sorte principale e la penale.

« Infine, continua Pothier, la l. 85, § 6, ff.
« *de verb. oblig.* è puranche nella specie di un'ob-
« bligazione divisibile, in verità, *quoad obliga-*
« *tionem*, ma indivisibile *quoad solutionem*. Nella
« specie di siffatta stipulazione vien detto: *Si fun-*
« *dus Titianus datus non erit, centum dari; nisi*
« *totus detur, pœna committitur centum; nec pro-*
« *dest partis fundi dare cessante uno, quemad-*
« *modum nec prodest ad liberandum pignus par-*
« *tem creditori solvere.* Abbenchè l'obbligazione di
« dare *fundum Titianum* sia un' obbligazione di-
« visibile *quoad obligationem*, nondimeno tale ob-
« bligazione, o che derivi da un contratto di vendita
« o da un contratto di permuta, o da una transazione
« o da qualunque altra causa, è indivisibile *quoad*
« *solutionem*, essendo interesse del creditore di non
« avere il fondo Tiziano parzialmente, ed avendo in-
« teso di acquistarlo per lo intero: perciò se uno de-
« gli eredi del debitore sia in mora a dare la sua
« parte di questa fondo, le offerte degli altri eredi di
« dare le loro, la cessione stessa da essi fattane al
« creditore, il quale non l'avesse accettato che at-
« tendendo e calcolando sulla cessione del rimanen-
« te, non impedirebbe al creditore di poter diman-
« dare la intera penale, offrendo nondimeno di ri-
« lasciare le porzioni del fondo che avesse ricevuto;
« giacchè non può avere l' uno e l' altra ».

Possonsi ancora supporre altri casi, per esempio quello in cui qualcuno, obbligato anch' egli sotto una clausola penale, o dovendo evitare un arresto personale, o esercitare una ricompra in un determinato tempo, stipulasse con uno de'suoi debitori, *puta* con quello a cui vendesse un oggetto, che gliene pagherà il prezzo nel tale giorno, lo che non eseguendo gli pagherà una data somma a titolo di penale, stipulando puranche questa penale colla mira che il pagamento non potesse farsi parzialmente. Se in tai casi, essendo morto il debitore prima che si fosse incorso nella penale, uno de' suoi eredi impedisca, come il dice l'art. 1233 c. c. = *1186 ll. cc.*, la esecuzione dell' obbligazione per lo intero, questo erede, secondo il medesimo articolo, può essere convenuto per tutta la penale, e gli altri per la loro porzione soltanto, salvo il loro regresso. Ed essendo stipulata la penale anche per la semplice mora, colui il quale vi fosse incorso per lo intero e che l'avesse pagata, non avrebbe regresso a tal riguardo contro gli altri, perchè il pagamento della penale soltanto non li libererebbe circa all' obbligazione principale. Ma se il debito stesso fosse stato puranche da lui soddisfatto, avrebbe il suo regresso contra i suoi eredi per la porzione ereditaria di ciascuno di essi.

Del resto sarebbe inutile in simili casi di far menzione nell' atto delle circostanze che servirono di motivo alla clausola penale, a fin di prevenire che si adducesse l' eccezione di usura.

*

Diciamo *se il debitore sia morto prima di essersi incorso nella penale;* ed in fatti se sia morto dopo, la penale è passata a ciascuno de'suoi eredi per la loro quota ereditaria, e non avvi ragione perchè ciascuno di essi ne sia tenuto per lo intero; veruna disposizione del Codice il dice; al contrario la prima di quelle del nostro art. 1233 c. c. = *1186 ll. cc.* divide la penale tra gli eredi, anche nella ipotesi in cui siasi incorsa da essi, e non ne rende risponsabili se non quelli che non adempirono all'obbligazione; e la seconda suppone eziandio che siasi incorsa in essa pel fatto di uno degli eredi, e non pel debitore medesimo: lo che tuttavolta non farà che il debito stesso possa, malgrado il debitore, soddisfarsi parzialmente dagli eredi, poichè fu contratto coll'intenzione che il pagamento non potesse farsene per parti, ciocchè rende applicabile per conseguenza la disposizione del n.° 5 dell'art. 1221 c. c. = *1174 ll. cc.*, e quanto dicemmo spiegando questa disposizione.

379. Ma quella che noi ora esaminiamo presenta qualche dubbio sul senso di queste parole: *un coerede abbia impedito che l'obbligazione venisse nel tutto adempita*, nel quale caso, secondo l'articolo, questo erede è soggetto alla penale per lo intero, e gli altri per la loro porzione soltanto, e salvo il loro regresso.

Ciò posto, si dimanda se non avendo voluto il creditore ricevere le offerte che uno o molti eredi gli avessero fatto della loro parte, giacchè non poteva

essere astretto a ricevere un pagamento parziale, non siasi incorso da ciascun di loro nella penale intera, per non aver essi offerto l' intero?

E se allorchè il creditore, prima o al tempo della scadenza, abbia volontariamente ricevuto da un coerede la sua parte nel debito, senza fare alcuna riserva circa alla penale, questo erede debba ancora la sua parte nella detta penale, fatta incorrere da un coerede?

Sulla prima quistione puossi dire che per la ragione stessa che un creditore non era obbligato di ricevere da un coerede la sua parte nel debito, tale coerede, non offrendogli l'intero pagamento, mentre egli poteva ciò fare, perchè l'obbligazione era di una somma o di altra cosa che poteva procurarsi, *impedì l' adempimento della intera obbligazione* rispetto al creditore, al pari del coerede che non ha offerto la sua porzione, dietro la dimanda a lui fatta di pagare il debito; ed in conseguenza che al pari di lui debb'essere tenuto alla penale per lo intero, salvo il suo regresso contra il coerede il quale è cagione a suo riguardo che si fosse in essa incorso.

Nondimeno a noi non sembra essere tale il senso del nostro art. 1233 c. c. = *1186 ll. cc.*: esso non pare richiedere che gli altri eredi abbiano realmente pagato la loro parte, affinchè non siano tenuti alla penale che per la loro porzione soltanto. Se l'abbiano offerto, non è vero il dire che impedirono l' adempimento dell'obbligazione per lo intero, cioc-

chè richiede questo articolo affinchè sieno soggetti alla penale ciascuno per lo intero: siffatto adempimento per lo intero è stato impedito dal loro coerede.

Nel dritto romano quegli stesso che aveva fatto incorrere nella penale per non aver adempito all' obbligazione, non n'era tenuto che per la sua quota quando essa consisteva in qualche cosa di divisibile. Il § *si sortem* medesimo non dice in fatti che alcuno degli eredi ne sia tenuto per lo intero. Veramente secondo Pothier, n.° 560, la cui opinione fu adottata dai compilatori del Codice, colui che ha fatto incorrere nella penale ne è tenuto per lo intero, anche rispetto al creditore, ma non già direttamente: egli ne è tenuto direttamente sol per la sua parte, ed indirettamente pel resto, come obbligato a far indenne i suoi coeredi del danno che ad essi cagiona; ed avendo il creditore il loro dritto a tal riguardo, può, per evitare un inutile circolo di azioni, dimandargli la intera penale. Ma ciò non può dirsi di quegli eredi che han voluto adempiere all' obbligazione, e che lungi di dovere agli altri un' indennità, avrebbero dritto al contrario di domandarla se fossero obbligati di pagare una qualsivoglia parte della penale.

Del resto crediamo che se più eredi, o tutti, costituiti in mora di adempiere l'obbligazione principale, vi si fossero negati, s' incorrerebbe nella penale per lo intero da ciascuno di essi, giusta il nostro summentovato art. 1233, seconda disposizione; salvo il regresso tra loro a vantaggio di co-

lui che l'avesse soddisfatta. Imperocchè avendo il creditore il dritto di domandare la intera penale contra colui che impedì l'adempimento dell'obbligazione per intero, egli ha per la ragione medesima il dritto di domandarla per lo intero contra tutti coloro che sono nel caso medesimo. Puossi applicare la regola di Molineo, *nec is qui peccavit ex eo relevari debet quod peccati consortem habuit: multitudo peccantium non exonerat, sed potius aggravat.* Tal parere è una conseguenza della disposizione del nostro articolo, il quale non dice, come si diceva nella nostra antica giurisprudenza, che il debitore il quale ha impedito l'adempimento della intera obbligazione, sia indirettamente tenuto alla penale per lo suo intero, ma dice al contrario in modo assoluto, che n'è tenuto per lo intero rispetto al creditore. Ma altro è un erede il quale messo in mora di soddisfare all'obbligazione, non vi soddisfi; altro è un erede il quale offre di soddisfarvi per la parte per la quale è succeduto al debitore. I due casi sono dunque ben differenti; e, ripetiamolo, secondo il § *si sortem* stesso, non avrebbesegli potuto domandare oltre la sua parte nella penale. Nella nostra antica giurisprudenza del pari non avrebbesi potuto chiedere da quell'erede il quale aveva offerto di pagare la sua quota del debito, se non la sua parte nella penale; giacchè di ciò soltanto poteva egli esser tenuto direttamente, e per lo rimanente non ne poteva esser tenuto indirettamente da banda del coerede, poichè non gli aveva

arrecato alcun danno; al contrario avrebbe dovuto il coerede farnelo indenne. Quindi siamo persuasi che i coeredi i quali han fatto comprovare la loro offerta di eseguire l'obbligazione per la loro quota, non debbano la penale per lo intero, ma soltanto per la loro parte, e salvo eziandio il loro regresso.

La seconda quistione da prima proposta presenta maggior dubbio. In fatti se nel caso in cui il creditore abbia volontariamente ricevuto, prima della scadenza o alla scadenza del debito, la parte di uno o più eredi nel detto debito, senza fare alcuna riserva rispetto alla penale, può ancora dimandarla da essi per la loro parte, e per lo intero da colui che l'ha fatto incorrere, è chiaro ch'ei riceve nel medesimo tempo la cosa principale e la penale fuori del caso in cui l'uno e l'altra possono essere dimandati; e si viola puranche la regola dell'art. 1231 c. c. = *1184 ll. cc.*, il quale dice che la penale può essere modificata dal giudice quando l'obbligazione sia stata in parte adempiuta. Imperocchè sebbene fosse stata stipulata per la semplice mora, come nel caso di sopra addotto per esempio, è senza causa per una parte, poichè per una parte del debito non vi è stato ritardo.

Il § *si sortem*, egli è vero, parla nella ipotesi in cui uno degli eredi abbia pagato la sua parte nel debito, e nondimeno dichiara che questo erede non va esente dalla penale (per la sua quota) se il coerede non paghi puranche la sua porzione nella obbligazione principale; mentrechè il § *Cato*, della

l. 4, ff. *de verb. oblig.*, richiede al contrario che quell' erede il quale ha soddisfatto la sua parte nel debito divisibile sia liberato dalla penale; e tanto pure sancisce la prima disposizione del nostro art. 1233 c. c. = *1186 ll. cc.*

Pothier non si spiega positivamente su tal punto. Egli dice soltanto, sulla l. 85, § 6, *hoc tit.*, che « nel caso in cui uno degli eredi del debitore di « un fondo (ciocchè forma l' oggetto di un'obbli- « gazione divisibile *quoad obligationem*, abbenchè « sia indivisibile *quoad solutionem*) sia in mora a « consegnare la sua parte in tal fondo, le offerte « degli altri eredi di dare le loro, *la cessione stes- « sa che ne avessero fatto al creditore, il quale « non l' avesse accettata che attendendo e cal- « colando sulla cessione del rimanente*, non im- « pedirebbero al creditore di poter dimandare la « penale per lo intero, offrendo nondimeno di re- « stituire le porzioni del fondo che avesse ricevuto, « giacchè non può avere l' uno e l' altra ». Ed in prosieguo, nella specie del § *si sortem*, in cui uno degli eredi del debitore non adempiendo all'obbligazione è incorso nella penale, e vi ha fatto incorrere gli altri, salvo il loro regresso, Pothier suppone soltanto che costoro erano *pronti a soddisfare il debito per le loro porzioni.* Non suppone che l'abbiano pagato, come vien supposto nel § *Cato.* Nondimeno risulta da queste parole ristrettive di Pothier, di sopra citate: *il quale non l' avesse accettato che attendendo e calcolando sulla cessione*

del rimanente, che questo autore pensava, *e contrario*, che eccetto il caso di tale riserva, giacchè queste parole ne esprimono una, il creditore ricevendo volontariamente da uno degli eredi la sua parte nell' obbligazione principale, non possa più dimandargli una porzione della penale, abbenchè l'altro erede non adempia di poi all' obbligazione per la sua parte.

Crediamo infatti che tale sia il senso dell' ultima disposizione dell' art. 1233 combinata colla prima. Conveniamo del resto che essa parla di un caso diverso, quello in cui la penale sia stata apposta ad un' obbligazione divisibile, ma colla mira che il pagamento non potesse farsi parzialmente; mentrechè la prima parte dell' articolo dispone sul caso di una penale apposta ad un' obbligazione divisibile, avendo in mira soltanto l' inadempimento di tale obbligazione; ed è questa la differenza indicata da Cuiacio, Molineo e Pothier per conciliare il § *Cato* della l. 4, ff. *de verb. oblig.*, col § *si sortem* della l. 5 nel medesimo titolo, come si è più sopra veduto. Ma ciò per nulla influisce rispetto alla quistione che ora ci occupa: la sola differenza, ed è essa tuttavia importante, la quale esiste tra le due disposizioni dell' art. 1233 c. c. = *1186 ll. cc.* rispetto alla penale, è che nella prima ciascuno degli eredi può offrire la sua parte nel debito, ed evitare con ciò d' incorrere nella penale medesima per la sua quota; in vece che nella seconda, un erede non può, per evitare la penale, anche per

la sua quota, fare offerte della sua porzione nel debito, se i suoi coeredi non offrano nel medesimo tempo le loro, attesochè il pagamento non può farsi parzialmente malgrado il creditore. Ma in quest' ultimo caso del pari che nel primo, se il creditore volle ricevere da uno degli eredi la di lui parte nel debito, senza riservare i suoi dritti rispetto alla penale anche contra questo erede, e per la sua quota, costui ne è liberato: altrimenti reclamerebbe di poi una parte della penale *sine causa*, quella corrispondente alla parte dell' obbligazione che fu adempiuta, ciocchè sarebbe ledere la regola che non puossi avere la sorte principale e la penale. Non si è in essa incorso per questa parte, anche pel semplice ritardo, poichè non vi è stato ritardo alcuno rispetto a questa parte del debito che volle ricevere.

In mancanza della riserva de' suoi dritti rispetto alla penale, tanto per riguardo all' erede che gli fece il pagamento, quanto per riguardo a chi non adempì alla obbligazione, puossi sostenere che il creditore neanche avrebbe il dritto di chiedere da quest' ultimo la intera penale; imperciocchè essendo stato il debito soddisfatto in parte, questa penale rimane sottoposta alla regola generale dell' art. 1231 c. c. = *1184 ll. cc.*, e per conseguenza il giudice potrebbe modificarla, riducendola a convenevoli proporzioni, secondo le circostanze, in ragione del danno che la mancanza dell' intero pagamento alla scadenza avrebbe potuto far provare al creditore, il quale volle egli medesimo acconsenti-

re a ricevere un pagamento parziale da un coerede, senza fare riserva alcuna rispetto alla penale.

Ma se ricevendo da uno degli eredi, prima della scadenza del debito, o anche in tempo della scadenza, il pagamento della sua porzione, il creditore si riservi i suoi dritti rispetto alla penale, la quale fosse dovuta senza pregiudizio dell'obbligazione principale, questa penale, avvenendo il caso, è ancora dovuta dall' erede che fece il pagamento, e per la sua parte; ed è dovuta dall' altro per lo intero. Sarebbe ancor dovuta per lo intero da quest' ultimo, abbenchè non fosse stata essa riservata specialmente che a suo riguardo soltanto, poichè il creditore poteva rinunciare al dritto di valersene rispetto al coerede che gli fece il pagamento, senza perciò arrecar danno all'altro, il quale essendo stato cagione perchè in essa s' incorresse, non può a tal riguardo dimandare dal suo coerede di esser fatto indenne, ma che al contrario ne lo dovrebbe egli fare, se questi si trovasse di aver pagato una porzione della penale.

380. In somma nelle obbligazioni indivisibili di dare, di fare o di non fare, con clausola penale, come quelle di accordare una servitù, o di non turbare qualcuno nel godimento di una servitù, e la maggior parte di quelle di fare un determinato lavoro, s' incorre nella intera penale da ciascun erede del debitore, per non aver fatto la cosa, salvo il regresso di chi vi adempì; ma non s'incorre da coloro i quali dichiararono di non opporsi all'eser-

cizio della servitù promessa dal defunto sul suo fondo, o che non contravvennero alla promessa che egli aveva fatto di non turbare i terzi che per la loro parte soltanto, e salvo il loro regresso.

Nelle obbligazioni di non fare *quæ recipiunt divisionem*, anche con clausola penale, come erano nel dritto romano quelle che i giureconsulti esprimevano con queste parole, *amplius non agi*, la contravvenzione di un solo erede del debitore, nella sua qualità di erede, lo fa incorrere nella penale per lo intero se contravvenga a tutta l' obbligazione, come nelle obbligazioni indivisibili; e quelli i quali non vi abbiano contravvenuto non sono in alcun modo risponsabili della penale, a differenza delle obbligazioni indivisibili in cui debbono la loro parte della penale, salvo il loro regresso. Ma se il contravventore abbia violato l' obbligazione sol per la sua parte, deve la penale sol per la sua parte, e gli altri che non vi contravvennero non debbono cosa alcuna a tal riguardo.

Per esempio, se io mi sono obbligato, sotto una penale, a non turbarvi nel godimento di un certo fondo, quel mio erede il quale ve ne dimanderà la restituzione dovrà la penale per lo intero, se tal fondo non sia suo: dovrà la penale per la sua parte *tamquam heres pro parte*, ed il resto a motivo del suo dolo, *propter bonam fidem præstandam, quæ est individua.* Se il fondo fosse di sua pertinenza, dovrebbe la penale soltanto *pro parte hereditaria* e *tamquam heres pro parte*; imperocchè

non vi sarebbe dolo in chi dimandasse una cosa che gli appartenesse. Non la dovrebbe parimenti che in parte anche nel caso in cui il fondo non fosse di sua spettanza, se lo reclamasse in parte soltanto. Ed i coeredi che eseguissero l'obbligazione, non turbando colui il quale ha fatta la stipulazione, non dovrebbero alcuna parte della penale. A questo caso si applica perfettamente la prima disposizione dell'art. 1233 c. c. = *1186 ll. cc.*, nonchè il § *Cato* della l. 4, ff. *de verb. oblig.* esaminato più sopra; e tale è la dottrina di Molineo e di Pothier, come si è potuto scorgere da quanto precede.

Viemaggiormente avvien così nelle obbligazioni di dare, divisibili tanto sotto il rapporto del pagamento quanto sotto quello dell' obbligazione, *puta* una somma o una certa quantità di derrate, allorchè la clausola penale sia stata apposta soltanto colla mira dell' inadempimento dell'obbligazione, e non colla mira che non potesse farsene il pagamento parzialmente: quel solo erede il quale non abbia pagato o regolarmente offerto di pagare la sua quota, deve la penale, e la deve sol per la sua porzione.

Ci può avvenire puranche in talune obbligazioni di fare, divisibili parimenti in ragione dell' oggetto, e capaci di essere eseguite tanto dagli eredi del debitore quanto dal debitore medesimo, per esempio dieci giornate di lavoro per mietere.

Infine nelle obbligazioni di dare o di fare, divisibili anche *quoad solutionem*, se la clausola pe-

nale siasi nondimeno apposta coll' intenzione che il pagamento non si potesse fare parzialmente, il creditore ha dritto di rifiutare le offerte che un erede gli facesse della di lui parte nel debito; e se alcuno di quelli che sono stati messi in mora o che vi sono per effetto medesimo della convenzione, giacchè questa dichiarasse che colla sola scadenza del termine, senza necessità di alcun fatto, il debitore sarà costituito in mora, e perchè la cosa che si fosse obbligato di fare o di dare non potesse farsi se non in un certo tempo ch' egli ha lasciato trascorrere; se, diciamo, niuno di essi abbia adempiuto all'obbligazione, ciascuno è incorso nella penale per lo intero, salvo il regresso tro loro. Ma circa a quelli i quali hanno offerto in tempo utile di eseguire l'obbligazione per la loro quota, non sono essi parimenti incorsi nella penale se non per la loro parte soltanto, e salvo il loro regresso contro quelli che ve gli hanno fatto incorrere. E se il creditore si è contentato di ricevere la parte loro nel debito, senza fare alcuna riserva sia contro di essi sia contra gli altri circa alla penale, i primi ne sono liberati, ed essa deve anche essere ridotta circa agli ultimi. Se abbia fatto le sue riserve, queste produrranno il loro effetto.

Quel coerede il quale sia incorso nella penale o in una parte della penale per colpa del suo coerede, e che è stato obbligato di pagarla, ha dritto puranche ad esser fatto indenne delle spese ch' è stato costretto di sopportare (art. 1382 c. c. = *1336*

ll. cc.), e degl' interessi delle somme da lui sborsate in ragione o in occasione della penale, giacchè fece il loro affare, come un fideiussore o un mandatario, ed un fideiussore o un mandatario ha dritto alle anticipazioni di ciò che essi han pagato pel debitore; art. 2001 e 2028 c. c. = *1873 e 1900 ll. cc.*

A01 1466925

FINE DELL' UNDECIMO VOLUME.

Digitized by Google

TAVOLA
DELLE MATERIE

LIBRO III.

De' differenti modi con cui si acquista la Proprietà.

CONTINUAZIONE DEL TITOLO III.

De' contratti o delle obbligazioni convenzionali in generale.

CAPITOLO IV.

Delle diverse specie di obbligazioni..... Pag. 5

SEZIONE PRIMA.

Delle obbligazioni condizionali..... 7
§ I.° Della condizione in generale, e delle sue diverse specie... 8
§ II. Della condizione sospensiva e de' suoi effetti..... 88
§ III. Della condizione risolutiva e de' suoi effetti..... 102

SEZIONE II.

Delle obbligazioni a termine..... 124

Digitized by Google

SEZIONE III.

Delle obbligazioni alternative..... Pag. 162

SEZIONE IV.

Delle obbligazioni solidali..... 184
§ I.° Della solidalità tra i creditori..... 185
§ II. Della solidalità fra i debitori..... 209
Art. I.° Delle condizioni richieste perchè vi sia solidalità..... 215
Art. II. De' casi in cui la solidalità ha luogo fra i debitori... 223
Art. III. Degli effetti della solidalità fra i debitori..... 274

SEZIONE V.

Delle obbligazioni divisibili ed indivisibili..... 313
§ I.° Delle obbligazioni divisibili ed indivisibili considerate in aspetto generale..... 316
§ II. Degli effetti delle obbligazioni divisibili..... 363
I.ª Eccezione: quando il debito sia ipotecario..... 380
II.ª Eccez.: quando il debito sia di un corpo determinato..... 385
III.ª Eccez.: quando si tratti di debito alternativo di cose, a scelta del creditore, una delle quali sia indivisibile..... 397
IV.ª Eccez.: quando un solo degli eredi sia in forza del titolo incaricato dell' adempimento dell' obbligazione..... 404
V.ª Eccez.: quando o dalla natura dell'obbligazione, o dalla cosa che ne forma l'oggetto, o dal fine che si è avuto di mira nel contratto, risulti essere stata intenzione de' contraenti che il debito non potesse soddisfarsi partitamente..... 416
§ III. Degli effetti delle obbligazioni indivisibili..... 426

SEZIONE VI.

Delle obbligazioni con clausola penale..... 433
§ I.° Della natura della clausola penale, e quali sieno i suoi effetti fra le parti..... 445
I.ª Regola: La nullità dell'obbligazione principale produce quella della clausola penale..... 457
II.ª Regola: La nullità della clausola penale non produce quella dell' obbligazione principale..... 465
III.ª Regola: Il creditore può agire per l'adempimento dell'obbligazione principale, in vece di domandare la penale..... 466

IV.ª Regola: Il creditore non può domandare nel medesimo tempo la cosa principale e la penale, quando questa non sia stata stipulata per la semplice mora..... Pag. 478
V.ª Regola: Non s'incorre nella penale se non quando il debitore sia in mora di adempiere la sua obbligazione..... 501
VI.ª Regola: La penale può modificarsi dal giudice quando l'obbligazione sia stata in parte adempiuta..... 512
§ II. Degli effetti della clausola penale per riguardo agli eredi del debitore..... 525

Fine della tavola.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

169
L
22